

Yleisen turvaamistoimen näyttökynnys immateriaalioikeudessa ja tehokkuusperiaatteen toteutuminen

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Pro gradu -tutkielma

Immateriaalioikeus

Ilari Talman (014325438)

Ohjaaja professori Taina Pihlajarinne

Kevät 2019

| | | | |
|---|--|--|--|
| Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen | | Laitos/Institution– Department Oikeustieteellinen | |
| Tekijä/Författare – Author Ilari Talman | | | |
| Työn nimi / Arbetets titel – Title Yleisen turvaamistoimen näyttökynnys immateriaalioikeudessa ja tehokkuusperiaatteen toteutuminen | | | |
| Oppiaine /Läroämne – Subject Immateriaalioikeus | | | |
| Työn laji/Arbetets art – Level Pro gradu | | Aika/Datum – Month and year 20.4.2019 | Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages 88 |
| Tiivistelmä/Referat – Abstract | | | |
| <p>Tutkimuksessa käsitellään OK 7 luvun 3 §:n yleisen turvaamistoimen näyttökynnystä immateriaalioikeudellisissa riita-asioissa. Tutkimuskysymyksenä on ensinnäkin selvittää, kuinka korkeaa näyttökynnystä OK 7:3:n mukaiseen yleiseen turvaamistoimeen on suomalaisessa oikeuskäytännössä perinteisesti sovellettu. Toisena tutkimuskysymyksenä on selvittää, mahdollistaako OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi oikeudenhaltijalle, sellaisena kuin sen näyttökynnystä on markkinaoikeuden vuosien 2013-2018 oikeuskäytännössä tulkittu, tehokkaan ennakkollisen oikeussuojakeinon immateriaalioikeuden loukkauksissa. Tutkimuksessa pyritään vastaamaan lopulta kysymykseen siitä, mikä on ollut ennakkollisen oikeussuojan tosiasiallinen saatavuus markkinaoikeuden oikeuskäytännössä. Tutkimuksessa käytetty oikeustapaaineisto koostuu korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuista ja viidestätoista markkinaoikeuden yleistä turvaamistoimea koskevasta ratkaisusta ja niihin liittyvistä oikeustapauksista.</p> <p>Näyttökynnyksen kriittiseksi tarkastelemiseksi, tutkielmassa käydään läpi, minkälaisia teoreettisia ja käytännöllisiä ratkaisumalleja näytön arviointiin on oikeuskirjallisuudessa ehdotettu ja miten summaarinen turvaamistoimiprosessi eroaa näytön arvioinnin osalta itse pääasiaprosessista. Samalla esitellään ne lähtökohdat, jotka tekevät turvaamistoimiprosessista pääasiasta erillisen prosessilajin. Tutkimuksessa pyritään tuomaan esiin ne oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkökulmat, joilla on katsottu olevan merkitystä turvaamistoimen myöntämisedellytyksiä arvioitaessa ja antamaan omia tulkintasuosituksia siitä, minkälaisia immateriaalioikeudellisia ja prosessioikeudellisia näkökohtia tulisi jatkossa ottaa huomioon.</p> <p>Väliaikaisiin, ennakkoturvaaviin kieltotuomioihin, on ainakin vanhemman oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa suhtauduttu varauksellisesti. Niitä on katsottu myönnettävän harvoin ja korkeilla vaatimuksilla, erityisesti immateriaalioikeudellisissa asioissa. Suomea velvoittavaan TRIPS-sopimukseen sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/48/EY teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta kuitenkin sisältyy ns. tehokkuusperiaate, joka edellyttää että oikeudenhaltijoilla on käytettävissään tehokkaita oikeussuojakeinoja jo turvaamistoimivaiheessa. Tosiasiassa, kuten korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö ja markkinaoikeuden yksinomaista toimivaltaa edeltänyt alioikeuskäytäntö osoittaa, immateriaalioikeudellisiin turvaamistoihin on sovellettu verrattain vaikeasti täytettäviä näyttövaatimuksia, joka on omiaan johtamaan oikeudenhaltijan tehokkaan kiello-oikeuden korvautumiseen jälkikäteisellä vahingonkorvausoikeudella mahdollisesti pitkän ajan kuluttua. Korkean näyttökynnyksen soveltaminen voi vaarantaa prosessin summaarisen luonteen ja on ongelmallista erityisesti immateriaalioikeuksien kohdalla, joiden loukkaamisen toteennäyttäminen on jo lähtökohtaisesti vaikeaa eikä oikeudenhaltijan ole usein mielekäästä hakea muuta kuin kielloa.</p> <p>Tutkittaessa markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä suhteessa korkeimman oikeuden määrittämiin linjoihin, voidaan todeta, että huolimatta kasvaneista viittauksista TRIPS-sopimuksen mukaiseen tehokkuusperiaatteeseen ja EPC:iin, immateriaalioikeudellisen ennakkollisen kieltotuomion saaminen on edelleen vaikeaa, erityisesti ns. kiperissä tapauksissa, joissa loukkaus on kiistetty ja turvaamistoimi johtaisi etukäteisnautintaan. Tämä korostuu erityisesti patenttiturvaamistoimissa, joissa turvaamistoimen saaminen ekvivalentin loukkauksen perusteella näyttää olevan vaikeaa. Turvaamistoimen saaminen ns. kiperissä tapauksissa näyttää vaativan hakijalta esimerkiksi ulkomaista patentin suoja-alueen koskevaa vahvistustuomiota tai patentin pitämistä analogiamenetelmäpatenttina, jolloin käännetty todistustaakka soveltuu. Tavaramerkkiasioissa markkinaoikeuden suorittama haittavertailu havaittiin tehokkuusperiaatteen toteutumisen kannalta tietyiltä osin ongelmalliseksi. Markkinaoikeuden ratkaisukäytäntö noudattelee vallitsevaa materiaalista lähestymistapaa, jonka mukaan haittavertailu tulee suoritettavaksi vasta mikäli vaade- ja vaaraedellytyksen katsotaan täyttyneen, eikä vaade-edellytyksen näyttökynnystä asetettaessa oteta huomioon yksittäistapauksellisia seikkoja tehden siitä ainakin näennäisesti joustamattoman. Vaikka puhdasta avointa harkintaa tai näyttöönemmyysperiaatteen omaksumista ei niihin liittyvien ongelmien vuoksi voidakaan turvaamistoimiasioissa suositella, korkeahkona pidettävän etukäteisnautintaa koskevan näyttökynnyksen tasapainottamiseksi kirjoittaja suositaa jatkossa tiettyjen avoimen harkinnan mukaisten näkökulmien huomioonottamista.</p> | | | |
| Avainsanat – Nyckelord – Keywords Turvaamistoimi – Immateriaalioikeus – Prosessioikeus – Näyttökynnys – Tavaramerkki – Patentti | | | |
| Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited E-thesis - kirjasto | | | |
| Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information | | | |

Sisällys

| | |
|---|------------|
| Lähteet | III |
| Lyhenteet | XII |
| 1. JOHDANTO | 1 |
| 1.2 Kysymyksen asettelu ja tutkielman rajausta | 3 |
| 1.3 Tutkielman metodista | 7 |
| 2. NÄYTTÖRATKAISU DISPOSITIIVISESSA RIITA-ASIASSA | 9 |
| 2.1 Perinteinen todistusoikeudellinen doktriini | 11 |
| 2.2 Uudempi todistusoikeudellinen doktriini | 12 |
| 2.2.1 Teemametodi ja todistusarvometodi – todistusharkinta frekvensseinä? | 14 |
| 2.3 Vaihtoehtoiset mallit..... | 17 |
| 2.3.1 Normatiiviteoria | 17 |
| 2.3.2 Normisidonnainen todistusharkintateoria..... | 19 |
| 2.3.3 Todistustaakan ja näyttökynnyksen suhdetta koskevat teoriat..... | 21 |
| 2.3.3.1 Näyttömahdollisuudet ja aineellisen oikeuden tarpeet | 22 |
| 2.3.3.2 Klamin rationaalinen näyttökynnys | 23 |
| 2.3.3.3 Näyttöenemmyysperiaate – puolesta ja vastaan | 24 |
| 3. TURVAAMISTOIMIPROSESSISTA YLEISESTI | 30 |
| 3.1 Turvaamistoimien ratio ja oikeutus | 30 |
| 3.2 Tehokkuusperiaatteen merkityksestä turvaamistomiasioissa..... | 31 |
| 3.3 Turvaamistoprosessi summaarisena menettelynä..... | 33 |
| 3.4 Prosessuaaliset ja materiaaliset oikeusturvan takeet..... | 34 |
| 3.4.1 Vastapuolen oikeusturvan takeiden ja näyttökynnyksen suhteesta | 35 |

| | |
|--|-----------|
| 4. OK 7:3 MUKAISEN YLEISEN TURVAAMISTOIMEN MYÖNTÄMISEN EDELLYTYKSISTÄ.. | 39 |
| 4.1 Lähtökohtia..... | 39 |
| 4.2 Vaade-, vaaraedellytys ja haittaharkinta..... | 40 |
| 4.3 Etukäteisnautinta ja näyttökynnys | 43 |
| 4.4 Norrgårdin keinulautamalli | 50 |
| 4.5 Arviointia..... | 51 |
| 5. YLEISEN TURVAAMISTOIMEN NÄYTTÖKYNNYS MARKKINAOIKEUDEN OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ..... | 56 |
| 5.1. Patenttia koskevat turvaamistoimiasiat..... | 57 |
| 5.1.1 Yhteenveto patenttiturvaamistoimia koskevista ratkaisuista | 71 |
| 5.2 Tavaramerkkiä koskevat turvaamistoimiasiat | 72 |
| 5.2.1 Yhteenveto tavaramerkkiturvaamistoimia koskevista ratkaisuista | 80 |
| 6. JOHTOPÄÄTÖKSET MARKKINAOIKEUDEN RATKAISUKÄYTÄNNÖSTÄ JA LOPPUYHTEENVETO..... | 83 |

Lähteet

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989. (Aarnio 1989).

Bruun, Niklas: Intellectual Property Law in Finland. 1st edition. 2001. (Bruun 2001).

Diesen, Christian: Beviskravet i dispositiva tvistemål. Teoksessa Diesen, Christian – Karanikas, Mikael – Nelker, Louise – Wastesson, Mathias: Prövning av skadestånd. Norstedts Juridik. Stockholm 1999. (Diesen 1999).

Diesen, Christian: Bevisprövning I brottmål. Norstedts Juridik. Stockholm 2002. (Diesen 2002).

Domeij, Bengt: The doctrine of equivalence and pharmaceutical patents. NIR 1999. (Domeij 1999).

Eckhoff, Torstein: Temametode og bevisverdimetode på ny. Teoksessa Heuman, Lars: Festskrift till Per Olof Bolding. Juristförlaget. Stockholm 1992. (Eckhoff – Bolding 1992).

Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert: Rättegång. Norstedts Juridik. Stockholm 1992. (Ekelöf – Boman 1992).

Ekelöf, Per Olof – Bylund, Torleif – Edelstam, Henrik: Rättegång. Tredje häftet. 7. upplag. Norstedts Juridik. Stockholm 2006. (Ekelöf – Edelstam 2006).

Haarmann, Pirkko-Liisa: Immateriaalioikeus. 5.uud.p. Talentum. 2014. (Haarmann 2014).

Halila, Jouko: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Porvoo 1955. (Halila 1955).

Havansi, Erkki: Oikeustapauskommentti tapauksesta KKO 1998:143. Teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommenttein II 1998. Talentum. (Havansi 1998).

Havansi, Erkki: Oikeustapauskommentti tapauksesta KKO 2000:94. Teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommenttein II 2000. Talentum. (Havansi 2001).

Havansi, Erkki: Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1993. (Havansi 1993).

Havansi, Erkki: Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. Toinen, uudistettu painos. Suomen lakimiesliiton kirjasarja N:o 110. Helsinki 1994. (Havansi 1994).

Heinonen, Keijo: Patentskyddets vardag – En manual för ett patentkrig. Stockholm 2003. (Heinonen 2003).

Heuman, Lars: Bevisbörda och beviskrav i tvistemål. Norstedts Juridik. Stockholm 2005. (Heuman 2005).

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsinki 2011. (Hirvonen 2001).

Hupli, Tuomas: Turvaamistoimiprosessit. Teoksessa *Lappalainen, Juha – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko – Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Koulu, Risto – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko*: Prosessioikeus. SanomaPro-verkkojulkaisu 2018. (Hupli et al. 2018).

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa – ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Helsinki 2008. (Husa – Pohjolainen 2008).

Jokela, Antti: Oikeudenkäynti III. Talentum 2004. (Jokela 2004).

Jonkka, Jaakko: Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton kustannus. 1993. (Jonkka 1993).

Kemppinen, Seppo: Oikeudenkäynnin käsikirja. WSOY. Porvoo 2004. (Kemppinen 2004).

Kemppinen, Seppo: Patenttioikeudenkäynnit, teoksessa *Patentit-Teollisuus-Tekniikka kansainvälistyvässä maailmassa*. 1991. (Kemppinen 1991).

Klami, Hannu Tapani: Todistusratkaisu. Kauppakaari. 2000. (Klami 2000).

Koulu, Risto: Oikeustapauskommentti tapauksesta KKO 1999:53. Teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 1999. Helsinki 1999. (Koulu 1999).

Koulu, Risto: Oikeustapauskommentti tapauksesta KKO 2003:118. Teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2003:II. Helsinki 2003. (Koulu 2003).

Lappalainen, Juha – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko – Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko: Prosessioikeus. SanomaPro-verkkojulkaisu. 2018. (Lappalainen et al. 2018).

Lappalainen, Juha: Alioikeusuudistus 1987-1993: alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. Lakimiesliiton kustannus. 1994. (Lappalainen 1994).

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Kauppakaari. Helsinki 2001. (Lappalainen 2001).

Lindell, Bengt: Civilprocessen. Iustus. Uppsala 2003. (Lindell 2003).

Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Skrifter från Juridiska Fakulteten I Uppsala. Iustus. Uppsala 1987. (Lindell 1987).

Norrgård, Marcus: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Jyväskylä 2002. (Norrgård 2002).

Norrgård, Marcus: Patentin loukkaus. WSOYpro. 2009. (Norrgård 2009b).

Oesch, Rainer – Pihlajamaa, Heli – Sunila, Sami: Patenttioikeus. Talentum. 3. uudistettu painos. 2014. (Oesch – Sunila 2014).

Oesch, Rainer: Teollisoikeudet ja tuomioistuinmenettely – selvitys teollisoikeuden prosessuaalisista säännöksistä. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 7/2000. (Oesch 2000).

Olivecrona, Karl: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Almqvist & Wiksell. Uppsala 1930. (Olivecrona 1930).

Ryberg, Björn: Beskyttelsesomfanget i dansk patentret. København 2002. (Ryberg 2002).

Salmiala, Bruno A.: Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta nykyisessä prosessimenettelyssämme erittäinkin rikosasioita silmällä pitäen. Teoksessa Rekola, Aarne et al. (toim.): Toivo Mikael Kivimäki 70 vuotta juhlaulkaisu. Helsinki 1956. (Salmiala – Kivimäki 1956).

Saranpää, Timo: Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2010. (Saranpää 2010).

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. 2003. (Siltala 2003).

Tirkkonen, Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus II. Porvoo 1977. (Tirkkonen 1977).

Tirkkonen, Tauno: Uusi todistuslainsäädäntö. WSOY. Porvoo 1949. (Tirkkonen 1949).

Zahle, Henrik: Evidence, propability and tactics in proceedings. Teoksessa Scandinavian Studies in Law 1979:23. Stockholm Institute for Scandinavian Law. (Zahle 1979).

Zahle, Henrik: Om det juridiske bevis. Juristforbundets Forlag. København 1976. (Zahle 1976).

Artikkelit

Axberger, Hans-Gunnar – Menten, Feryal – Palmgren Goodhe, Karin – Västberg, Jens: Felaktigt dömda. Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet. Nr 4/2006-2007. (Axberger – Västberg JT 2006)

Bolding, Per Olof: Bevisprövning utan sannolikhetsuppskattning? Tidskrift for Rettsvitenskap. 1987). (Bolding 1987).

Boman, Robert: Om sakfrågor och rättsfrågor. Tidskrift for Retsvitenskap 1988. (Boman 1988).

Havansi, Erkki: Turvaamistoimiasioden käsittelystä tuomioistuimessa (Lakimies 7-8/2000). (Havansi LM 2000).

Jonkka, Jaakko: Oikeus ja totuus – keskustelua näyttökysymyksistä. Oikeus-lehti 1989. (Jonkka 1989)

Knuts, Gisela: Korvaus tarpeettoman turvaamistoimen aiheuttamasta vahingosta. Lakimies 7-8/2001. (Gisela LM 2001).

Leppänen, Tatu: Turvaamistoimipäätöksen täytäntöönpanosta. Lakimies 7-8/2008. (Leppänen LM 2008).

Linna, Tuula: Saamistakavarikon käsittely käräjäoikeudessa – oikeudenmukainen oikeudenkäyntikö? Oikeus 3/2012. (Linna Oikeus 2012)

Matikainen, Teemu: Markkinaoikeuden ensimmäiset viisi vuotta IPR-tuomioistuimena – selvitys kokemuksista. IPRinfo 1/2019. (Matikainen 2019).

Norrgård, Marcus: KKO linjasi turvaamistoimien soveltamista patenttiasiaissa. IPRinfo 4/2003. (Norrgård 2003).

Norrgård, Marcus: Väliaikaiset kiellot patenttioikeudessa .Defensor Legis N:o 6/2004. (Norrgård DL 2004).

Norrgård, Marcus: Väliaikaiset kiellot yhä kiven takana. IPRinfo 3/2009. (Norrgård 2009a).

Pihlajarinne, Taina: Eurooppalaisen tuomioistuinkäytännön hyödyntäminen immateriaalioikeuden tutkimuksessa. Lakimies 4/2012. (Pihlajarinne LM 2012).

Pound, Roscoe: Law in Books and Law in Action. 44 American Law Review. 1910.

Rapinoja, Ben – Leppä, Mikko: Turvaamistoimenpiteistä ja immateriaalioikeuksista. IPRinfo 3/2003. (Rapinoja – Leppä 2003).

Savola, Mika: Oikeudenkäymiskaaren yleisen turvaamistoimisäännöksen soveltamisalasta. Defensor Legis 2001/3 (Savola DL 2001).

Sinkkonen, Juhani: Haittaharkinnasta tavaramerkkioikeuteen perustuvissa turvaamistoimiasioissa – kaksi tapausta tunnusten muuttamisen aiheuttamasta haitasta. Defensor Legis N:o 4/2016. (Sinkkonen DL 2016).

Westberg, Peter: Interim Measures and Civil Litigation. Scandinavian Studies in Law 2007. (Westberg 2007).

Virallislähteet

HE 179/1990 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle turvaamistointa koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

HE 296/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten eräiden määräysten hyväksymisestä.

HE 92/2005 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Eurooppapatenttien myöntämisestä tehdyn yleissopimuksen uudistamiskirjan ja patenttilakisopimuksen hyväksymisestä ja laeiksi sopimusten lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä patenttilain muuttamisesta

HE 26/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta.

HE 124/2012 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle markkinaoikeutta ja oikeudenkäyntiä markkinaoikeudessa koskevaksi lainsäädännöksi.

Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle: Ohjeita teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/48/EY tietyistä näkökohdista. 29.11.2017. (COM 2017 708 Final)

Oikeustapaukset**Euroopan ihmisoikeustuomioistuin**

Dick v. Yhdistynyt kuningaskunta. 23.11.1997.

Micallef v. Malta. 15.10.2009.

Euroopan unionin tuomioistuin

C-53/96 Hermès International v. FHT Marketing Choice. 16.6.1998.

T-52/99 T. Port GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities. 20.3.2001.

T-30/99 Bocchi Food Trade International GmbH v Commission of the European Communities. 20.3.2001.

C-414/11 Daiichi Sankyo v. DEMO Anonimos Viomikhaniki kai Emporiki Etairia Farmakon. 18.7.2013.

C-426/13 Order of the Vice president of the Court (Commission of the European Communities vs. Saksan liittotasavalta). 26.7.2013.

C-427/15 NEW WAVE CZ. V. ALLTOYS (18.1.2017)

C-121/17 Teva UK Ltd and Others v Gilead Sciences Inc. 25.7.2018.

Suomen korkein oikeus

KKO 1987:85

KKO 1987:86

KKO 1994:132

KKO 1994:133

KKO 1995:41

KKO 1995:117

KKO 1998:143

KKO 2000:94

KKO 2003:127

KKO 2003:118

KKO 2015:51

KKO 2019:10

KKO 2019:34

Ruotsin korkein oikeus

NJA 1995 s. 631 (HACKMAN RÖRSTRAND)

Yhdistyneen kuningaskunnan korkein oikeus

The UK Supreme Court [2017] UKSC 48 (12.7.2017) (Actavis UK Limited ym v. Eli Lilly and Company ym.)

Helsingin hovioikeus

HelHO 1.4.2004/1226

HelHO 1.3.2005/706

HelHO 28.11.2007/1449

HelHO 11.1.2007/2552

HelHo 19.3.2008/756

HelHo 15.5.2008/1366

HelHO 8.5.2009/15228

Markkinaoikeus

MAO 554/13

MAO 571/14

MAO 570/14

MAO 870/14

MAO 434/15

MAO 678/15

MAO 821/15

MAO 866/15

MAO 948/15

MAO 234/16

MAO 872/17

MAO 16/18

MAO 446/18

MAO 457/18

MAO 530/18

Lyhenteet

| | |
|----------------|--|
| DL | Defensor Legis |
| EIS | Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (SopS 18-19/1990) |
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| EPC | European Patent Convention (Euroopan patenttisopimus) |
| Haittavertailu | Oikeudenkäymiskaaren 7 luvun 3 §:n 2 momentin mukainen kohtuusharkinta. Käytetään myös nimiä haittaharkinta, intressivertailu, intressiharkinta ja intressipunninta. |
| HE | Hallituksen esitys |
| KKO | Korkein oikeus |
| LM | Lakimies |
| LOM | laki oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa (31.1.2013/100) |
| MAO | Markkinaoikeus |
| NJA | Nytt juridisk arkiv |
| OK | Oikeudenkäymiskaari (1.1.1734/4) |
| PatenttiL | patenttilaki 15.12.1967/550 |
| RB | Rättegångsbalk (1942:740) (Ruotsi) |
| SopS | Sopimussarja |

| | |
|--------------------------|--|
| Täytäntöönpanodirektiivi | Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/48/EY, annettu 29 päivänä huhtikuuta 2004, teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta |
| TRIPS-sopimus | Teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista tehty sopimus (SopS 5/1995) |
| TTL | Laki todistelun turvaamisesta teollis- ja tekijänoikeusasioissa (7.4.2000/344) |
| Yleinen turvaamistoimi | Oikeudenkäymiskaaren 7 luvun 3 §:n nojalla haettava yleisluontoinen turvaamistoimi. Viitataan myös nimellä väliaikainen kieltä erityisesti patenttiasioissa. |

1. Johdanto

Siviiliprosessuaalisia turvaamistoimia koskeva lainsäädäntöuudistus tuli voimaan 1.12.1993. Tässä yhteydessä oikeudenkäymiskaaren (1.1.1734/4, jäljempänä OK) 7 luvun mukaisista turvaamistoimista päättäminen siirrettiin ulosotonhaltijalta tuomioistuimen tehtäväksi ja ulosottolakiin jätettiin ainoastaan turvaamistoimen täytäntöönpanoa koskevat määräykset. Menettelyllisten uudistusten lisäksi turvaamistoimisäännöksiä tarkistettiin yhdistämällä takavarikko ja hukkaamiskielto yhdeksi takavarikko-nimiseksi turvaamistoimeksi, jonka kohteena voi olla joko raha- tai muu saamisoikeus (OK 7:1) taikka parempi oikeus tiettyyn vastapuolen määräysvallassa olevaan esineeseen tai varallisuusobjektiin (OK 7:2). Samalla luotiin kokonaan uusi, yleinen turvaamistoimisäännös (OK 7:3), joka koskee muun tyyppisiä oikeuksia kuin saamisoikeutta tai parempaa oikeutta.¹ OK 7:3 on soveltamisalaltaan yleinen ja se on muotoiltu kansainväliseen tapaan hyvin väljiäkin tulkintoja mahdollistavaksi antaen tuomioistuimelle laajan harkintavallan koskien ennakkoturvaavan oikeussuojan antamisen edellytyksiä.²

OK 7:3:n säätämisellä pyrittiin paikkaamaan immateriaalioikeuslakeihimme sisältyvää puutetta riittävän nopeista siviiliprosessuaalisista ennakkoturvaavan väliaikaissuojan keinoista, jotka olisivat oikeudenhaltijan käytettävissä jo ennen oikeudenkäynnin vireilletuloa ja jopa oikeudenloukkauksen alkamisen vasta uhatessa.³ Immateriaalioikeudelliset riita-asiat ovat usein monimutkaisia ja pitkäkestoisia, eikä oikeudenhaltijalla ole varaa antaa kilpailijan oikeuttaan

¹ Jo 1900-luvun alussa riita-asiain oikeudenkäyntiuudistusta valmistellut komitea ehdotti, että prosessilakiin tulisi ottaa useiden muiden maiden lainsäädännön tapaan summaarisessa ja nopeassa menettelyssä tehtävä yleisluontoinen turvaamistoimisäännös, jonka nojalla tuomioistuimen puheenjohtaja voisi antaa sellaisen hakijan oikeussuojan edellyttämän väliaikaismääräyksen, jolla ei olisi sitovaa vaikutusta myöhemmässä pääasiaprosessissa. Ks Savola DL 2001, s. 436

² OK 7:3:n soveltamisalan ollessa yleinen, siihen voidaan vedota sen soveltamisedellytysten täytyessä lähtökohtaisesti aina, jollei erityislaissa ole toisin säädetty tai jollei erityislain tarkoituksesta muuta johdu. Havansi 1994, s. 54; Savola DL 2001, s. 435, 437

³ Useissa erityislaeissa on säännöksiä turvaamistoimista ja muista ennakkoturvaamisloukkoisista väliaikaismääräyksistä, jotka eivät kuitenkaan poissulje OK 7:3:n käyttömahdollisuutta. Hakijalla on tällöin mahdollisuus valita, kumpaan säännökseen vetoaa. Immateriaalioikeuden alaan kuuluvina, vasta pääasiaprosessin yhteydessä käytettävissä olevina erityisinä turvaamistoimisäännöksinä mainittakoon tavaramerkkilain (7/1964) 37 ja 41 §, patenttilain (550/1967) 59 §, hyödyllisyysmallilain (800/1991) 38 §, yksinoikeudesta integroidun piirin piirimalliin annetun lain (32/1991) 39 §, mallioikeuslain (221/1971) 37 § ja kasvinjalostajanoikeudesta annetun lain (789/1992) 32.2 §. Tämän tutkielman keskittyessä hakijan ennakkolisiin oikeussuojakeinoihin ennen pääasian vireilletuloa, näitä ei käsitellä tässä yhteydessä enempää. Ks. Savola DL 2001, s. 437

loukkaavan toiminnan jatkua koko oikeusprosessiin kuluvan ajan. Mahdollisuus nopeisiin, tehokkaisiin ja tarvittaessa yllätyksellisiin turvaamistoimiin on immateriaalioikeuksien haltijoille erityisen tärkeää.⁴

Immateriaalioikeudellisen kieltotuomion asema oikeudenhaltijan keskeisenä oikeussuojakeinona on Suomessa sinänsä vahva.⁵ Sen sijaan väliaikaisiin, ennakkoturvaaviin kieltotuomioihin, on ainakin vanhemman oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa suhtauduttu varauksellisemmin. Niitä on katsottu myönnettävän harvoin ja korkeilla vaatimuksilla, erityisesti immateriaalioikeudellisissa asioissa, joissa ennakkollisen kieltotuomion saaminen oli vielä 1990-luvulla poikkeuksellista.⁶ Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on kuitenkin korostettu oikeussuojan tarvetta jo oikeudenkäynnin aikana.⁷ Ennakollisen oikeussuojan tosiasiallinen saatavuus immateriaalioikeudellisissa asioissa on kuitenkin kyseenalaistettu Suomessa erityisesti Norrgårdin toimesta, jonka kritiikki on keskittynyt KKO:n turvaamistomiasioihin soveltaman näyttökynnyksen korkeuteen.⁸ Tutkielmassa pureudutaankin yleisen turvaamistoimen näyttökynnyksen kriittisen tarkastelun kautta kysymykseen siitä, mahdollistaako OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi, sellaisena kuin sitä on viime vuosina erityisesti markkinaoikeuden oikeuskäytännössä sovellettu, hakijalle tehokkaan ennakkollisen oikeussuojakeinon immateriaalioikeuksien loukkauksissa.

Tässä tutkielmassa turvaamistoimista puhuttaessa tarkoitetaan niitä summaarisia siviiliprosessuaalisia turvaamistoimia, joiden normipohjana on oikeudenkäymiskaaren 7 luku tai, jotka läheisesti tukeutuvat oikeudenkäymiskaaren 7 lukuun, ja joihin muutoin sovelletaan normaaleja riita-asiaa koskevia oikeudenkäyntisäännöksiä, kuten OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi ja todistelun turvaamista immateriaalioikeudellisissa riita-asioissa koskevan lain (7.4.2000/344, jäljempänä TTL) mukainen turvaamistoimi. OK 7:3:n toimiessa pääasiallisena

⁴ Ks. Havansi 1993, s. 59-60; Leppänen LM 2008, s. 1106

⁵ Tätä ilmentää mm. KKO:n ratkaisu 2003:127, jossa painotettiin kieltotuomion tärkeyttä: ”Patentinloukkauksen jatkamisen tai toistamisen kieltäminen on patentinhaltijan kannalta keskeinen oikeussuojakeino. Lähtökohtana patentinloukkauksessa on käyttökiellon määrääminen patentinhaltijan niin vaatiessa. Kiellon määräämättä jättäminen vaatimuksesta huolimatta voi tulla kysymykseen lähinnä silloin, kun ei ole vaaraa loukkauksen jatkamisesta tai toistamisesta.”

⁶ Ks. esim. Kemppinen 1991, s. 27; Bruun 2001, s. 91; Norrgård 2009a; ja Norrgård 2002, s. 173-186 vanhemmasta oikeuskäytännöstä.

⁷ Tältä osin erityisesti Norrgård 2002; Oesch, 2000, s. 76; Oesch – Sunila 2014, s. 12; Gisela LM 2001, s. 1470; Leppänen LM 2008, s. 1106; Rapinoja – Leppä 2003.

⁸ Ks. esim. Norrgård 2009a.

ennakollisen oikeussuojan toteuttamisen välineenä immateriaalioikeudellisissa asioissa, tutkielmassa keskitytään siihen, TTL:n mukaisen todistelun ennakkoturvaamisen tullessa käsitellyksi ainoastaan vertailevalta kannalta.

1.2 Kysymyksen asettelu ja tutkielman rajaus

Saattaessaan voimaan Maailman kauppajärjestön (WTO) perustamissopimuksen vuonna 1995, Suomi sitoutui noudattamaan myös sopimuksen liitteenä olevaa sopimusta teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista (SopS 5/1995, jäljempänä TRIPS-sopimus). Sopimuksen tavoitteena on tehostaa maailmanlaajuisia immateriaalioikeuksien suojaa joka edellyttää jäsenvaltioiden takaavan oikeudenhaltijoille tehokkaat turvaamistoimenpiteet oikeuksien loukkaamisen estämiseksi tai tietyn asiantilan säilyttämiseksi tulevaa riita- tai rikosoikeudenkäyntiä varten.⁹

TRIPSistä johtuvia ennakollisia oikeussuojakeinoja koskevia velvoitteita on myöhemmin tarkennettu direktiivillä 2004/48/EY, eli niin sanotulla täytäntöönpanodirektiivillä, jonka johdannossa todetaan, että TRIPS sopimuksesta huolimatta jäsenvaltioiden turvaamistoimiin liittyvä käytäntö eroaa merkittävästi toisistaan haitaten sisämarkkinoiden toimivuutta ja teollis- ja tekijänoikeuksien suojan riittävää toteutumista.¹⁰ Direktiivin 7 ja 9 artiklassa säädetään väliaikaisista kielloista ja toimenpiteistä todisteiden turvaamiseksi, jotka tulee olla hakijan käytettävissä ja joiden on oltava tehokkaita 3 artiklan mukaisesti. Kuten direktiivin täytäntöönpanoon liittyvässä hallituksen esityksessä mainitaan, nämä kaksi artiklaa vastaavat sisällöltään toisiaan, mutta niiden tavoitteet ovat erilaisia. 9 artiklan tavoitteena on estää loukkauksen jatkuminen ja varmistaa vahingonkorvauksen maksaminen, kun taas 7 artiklalla varmistetaan hakijan oikeus nopeisiin ja tehokkaisiin väliaikaisiin toimiin loukkaukseen liittyvän todistusaineiston suojaamiseksi myöhempää pääasiaprosessia varten. Hallituksen esityksessä todetaan lyhyesti, että 9 artiklan edellytysten toteutuminen voidaan pääosin varmistaa oikeudenkäymiskaaren 7:3:n nojalla. TTL puolestaan täyttää direktiivin edellytykset todistusaineiston suojaamisesta nimenomaisin säännöksin, eikä voimassaolevaan lainsäädäntöön ehdotettu muutoksia tältäkin osin. Turvaamistoimien myöntämisen

⁹ TRIPS-sopimuksen 41 artiklan 1 kohta ja 50 artikla edellyttävät, että oikeudenhaltijalla on käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot.

¹⁰ Direktiivin 2004/48/EY johdantokappale (7-9).

edellytyksenä olevan vaade- ja vaaraedellytyksestä koostuvan todennäköisyysnäyttövaatimuksen katsottiin vastaavan myös direktiivin vaatimuksia.¹¹ Toisin sanoen, TRIPSin ja täytäntöönpanodirektiivin edellytykset tehokkaista väliaikaisista kielloista loukkauksen jatkumisen estämiseksi, vahingonkorvauksen saamiseksi ja todistusaineiston suojaamiseksi ovat pääosin tyydytetyt OK 7:3:n yleisen turvaamistoimen ja TTL:n avulla.

Norrgård on tutkinut Immateriaalioikeudellisia turvaamistoimia ja niihin liittyvää näyttökynnystä, etenkin patenttien osalta vuonna 2002 julkaistussa väitöskirjassaan ja muutamissa kommentaareissaan.¹² Norrgård on kritisoinut yleisen turvaamistoimen myöntämisedellytyksiä koskenutta KKO:n ratkaisua patentti- ja hyödyllisyysmalliasiassa 2003:118, ja todennut, että ratkaisussa hakijalle asetettiin liian korkea näyttötaakka vaade-edellytyksen (OK 7:3.1) olemassaolosta suhteessa turvaamistoimen luonteeseen summaarisena prosessina, jonka seurauksena turvaamistoimen saaminen saattaa käytännössä kokonaan estyä tapauksissa, jotka ovat tosiasiakysymyksiltään tai oikeudellisesti monimutkaisia. KKO:n ratkaisussaan määrittämä näyttökynnyksen taso ei Norrgårdin mukaan kunnioita immateriaalioikeuksien, erityisesti patenttien, luonnetta kielto-oikeuksina, joiden loukkaamisen osoittaminen on jo lähtökohtaisesti vaikeaa niiden teknisen monimutkaisuuden vuoksi. Korkeaa näyttökynnystä sovellettaessa joudutaan tilanteeseen, jossa kieltoja ei myönnetä, koska loukkaus ei ole koskaan tarpeeksi selkeä. Kansainvälisestä oikeudesta institutionaalisen tukensa saavan, ja TRIPS-sopimukseen ja täytäntöönpanodirektiiviin sisältyvän, ns. tehokkuusperiaatteen valossa olisi Norrgårdin mukaan myös ensiarvoisen tärkeää olla tulkitsematta turvaamiskynnystä liian korkeaksi.¹³ Patenttiturvaamistoimien osalta, uudemmassa alioikeuskäytännöstä löytyy myös esimerkkejä, joissa hakijalle on asetettu vaade-edellytyksen olemassaolosta verrattain vaikeasti täytettäviä näyttövaatimuksia.¹⁴ Norrgårdin mukaan on todennäköistä, että KKO:n määrittämällä korkealla näyttöratkaisulla on vaikutusta

¹¹ HE 26/2006 vp, s. 9-11

¹² Norrgård 2002; Norrgård 2003; Norrgård DL 2004; ja Norrgård 2009a

¹³ Ks. Norrgård 2003; ja Norrgård DL 2004, s. 1074, 1077

¹⁴ Tapauksessa MAO 571/14, Recticel oli hakenut turvaamistoimea polyuretaanivaahdolle myönnettyyn menetelmä- ja tuotepatenttiin, jota Kayfoam Woolfsonin vaahtopatjat väitetyt loukkasivat. Patentinloukkausta koskevana näyttönä hakija oli teettänyt laboratorioanalyysin vastaajan patjoissa käytettävän vaahdon koostumuksesta, jonka pätevyyden vastaaja kiisti. Kun vastaajan testattavaksi toimittamien patjojen määrä oli vähäinen ja hakija oli kiistänyt patentin pätevyyden eikä hakija ollut tarjonnut selvitystä, jolla oltaisiin ”yksiselitteisesti” voitu osoittaa testatuissa patjoissa käytettävän vaahdon loukkaavan hakijan patenttia, markkinaoikeus hylkäsi hakemuksen puuttuvan vaade-edellytyksen vuoksi.

myös muiden immateriaalioikeuksien kuin patentteihin liittyvien turvaamistoimenpiteiden myöntämiseen, ns. kiperissä tapauksissa. Tämä johtaisi immateriaalioikeudellisen sanktiojärjestelmän heikkenemiseen.¹⁵

Norrgårdin kritisoima ratkaisu KKO 2003:118 on jatkumoa korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillään KKO 1994:132, 1994:133, 1998:143 ja 2000:94 luomalle harkintamallille, jossa hakijan todennäköisyysnäytölle asetetaan vaade-edellytyksen osalta huomattavasti OK 7:1:n ja 7:2:n mukaisia turvaamistoimia suuremmat vaatimukset, mikäli turvaamistoimen myöntäminen johtaisi ns. etukäteisnautintatilanteeseen. Kuten Sinkkonenkin on todennut, korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä ei ilmene millaista näyttökynnystä kriteeri ”huomattavasti suuremmat vaatimukset” tarkoittaa käytännössä.¹⁶

Edellä sivutun tutkimuksen valossa voidaan todeta, että patenttiturvaamistoimiin sovellettavan näyttökynnyksen taso 2000-luvun alioikeuskäytännössä on saanut osakseen kritiikkiä. Muita immateriaalioikeuksia, kuten tavaramerkkejä, koskevien turvaamistoimien näyttökynnys alioikeuksien ratkaisukäytännössä on sen sijaan jäänyt oikeuskirjallisuudessa vähemmälle huomiolle¹⁷, ainakin sen jälkeen kun teollis- ja tekijänoikeudelliset riita-asiat ja niihin liittyvät turvaamistoimiasiat siirrettiin markkinaoikeuden toimivaltaan syyskuussa 2013. Alioikeuskäytännön tutkimista on turvaamistoimijuridiikan kehityksen kannalta pidettävä kuitenkin tärkeänä, ei vähiten sen vuoksi, että KKO myöntää valituslupia markkinaoikeuden IPR-ratkaisuihin, erityisesti turvaamistoimiasioissa, hyvin pidättyväisesti.¹⁸ KKO on antanut tähän mennessä kolme immateriaalioikeudellisia turvaamistoimia koskevaa ratkaisua: Suoraan tutkielman tutkimuskysymyksen kannalta relevantin 2003:118:n sekä todistelun turvaamisen kohteena olevan todistusaineiston laajuutta koskevan 2019:10:n. Kolmannessa KKO:n vastikään antamassa ratkaisussa 2019:34 oli kysymys patenttiturvaamistoimen peruuttamisen edellytyksistä ja patentin lisäsuojatodistuksen pätevyyydestä. Vastikään annetut ratkaisut antavat toiveita KKO:n aktivoitumisesta turvaamistoimien ja immateriaalioikeuden saralla.

¹⁵ Ks. Norrgård 2003.

¹⁶ Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 701

¹⁷ Yleensäkin oikeustieteellisessä tutkimuksessa kotimaisille alempien oikeusasteiden ratkaisuille ei perinteisesti ole annettu suurta merkitystä. Ks. Pihlajarinne LM 2012, s. 548

¹⁸ Ks. Rapinaja, - Leppä 2003; ja Matikainen 2019; ja Pihlajarinne LM 2012, s. 548;

Markkinaoikeuden jäädessä usein käytännössä viimeiseksi oikeusasteeksi, ovat sen antamat ratkaisut tärkeä lähde, jonka avulla tehokkuusperiaatteen toteutumista turvaamistoimiasioissa voidaan oikeustutkimuksen keinoin kontrolloida. Sinkkonen on kuitenkin tutkinut kommentaarissaan kahta markkinaoikeuden ratkaistavana ollutta, väitettyyn tavaramerkin loukkaukseen perustunutta turvaamistoimiasiaa MAO 570/14 (ONNIBUS) ja MAO 678/15 (SKYR) ja niissä suoritettua haittaharkintaa.¹⁹ Muuta tutkimusta markkinaoikeuden yleisiin turvaamistoimiasioihin soveltamasta näyttökynnuksesta ei kuitenkaan tähän päivään mennessä ole tehty.

Tämän tutkielman tarkoituksena on liittyä immateriaalioikeudellisten turvaamistoimiasioden näyttökynnyksen korkeutta ja tarkoituksenmukaisuutta koskevaan keskusteluun aineellisen immateriaalioikeuden näkökulmasta ja tutkia, 1) kuinka korkeaa näyttökynnystä OK 7:3:n mukaisiin yleisiin turvaamistoiimiin on suomalaisessa oikeuskäytännössä sovellettu ja 2) mahdollistaako OK 7:3, sellaisena kuin sen näyttökynnystä on markkinaoikeuden oikeuskäytännössä tulkittu, oikeudenhaltijalle tehokkaan ennakollisen oikeussuojakeinon immateriaalioikeuden loukkauksissa. Tutkielmassa pyritään siis lopulta vastaamaan kysymykseen, mikä on ollut ennakollisen oikeussuojan tosiasiallinen saatavuus markkinaoikeuden oikeuskäytännössä.²⁰ Vastaaminen tähän tutkimusongelmaan on erityisen kiinnostavaa, sillä teollis- ja tekijänoikeudellisten asioiden oikeudenkäyntijärjestelmän muutokselle, eli markkinaoikeuden yksinomaiseen toimivaltaan siirtymiselle mm. immateriaalioikeudellisissa turvaamistoimiasioissa vuonna 2013, asetettiin korkeat odotukset.²¹ Näyttökynnyksen kriittinen tarkastelu edellyttää myös ymmärrystä tuomioistuimen suorittamasta näyttöratkaisusta ja siihen vaikuttavista tekijöistä siviiliprosessuaalisessa asiassa, jonka vuoksi tutkielmassa käydään läpi, minkälaisia teoreettisia ja käytännöllisiä ratkaisumalleja näytön arviointiin on oikeuskirjallisuudessa ehdotettu ja miten summaarinen prosessi eroaa näytön arvioinnin osalta itse pääasiaprosessista. Tutkielmassa käydään läpi myös ne lähtökohdat, jotka tekevät turvaamistoimiprosessista erityisen, pääasiasta erillisen, prosessilajin. Samalla pyritään tuomaan esiin ne oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkökulmat,

¹⁹ Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 700

²⁰ Tältä osin tutkielmassa on kyse ns. Law in books / Law in action –vertailusta kuten jo Roscoe Pound kirjoituksessaan Law in Books and Law in Action vuonna 1910.

²¹ Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 700; ja HE 124/2012 vp. s. 21–22

joilla on katsottu olevan merkitystä turvaamistoimiasioiden käsittelyssä ja antamaan omia tulkintasuosituksia siitä, minkälaisia immateriaalioikeudellisia ja prosessioikeudellisia näkökohtia tulisi jatkossa ottaa huomioon.

1.3 Tutkielman metodista

Tutkielma sijoittuu prosessioikeuden ja aineellisen immateriaalioikeuden välimaastoon. Tutkielman metodi on oikeusdogmaattinen, jolloin pääasiallisena tarkoituksena on selvittää ja tulkita voimassaolevan oikeuden sisältöä oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön perusteella.²² Tulkitsemisen apuvälineinä hyödynnetään teleologisia, reaalisia ja systemaattisia argumentteja.²³ Tutkielmassa tehdään myös paikoin oikeusvertailevia huomioita osoittamaan miten jokin tietty turvaamistoimen myöntämisedellytyksiin liittyvä osakysymys on ratkaistu muualla. Tutkielmassa käytetyt oikeuslähteet koostuvat laista, lainvalmistelutöistä, tuomioistuinratkaisuksista²⁴, oikeuskirjallisuudesta sekä erinäisistä tulkinta-argumenteista ja oikeusperiaatteista.²⁵

Vaikka tutkielman pääpaino on korostuneesti normatiivisessa tutkimuksessa perinteisin lainopillisin metodein, mukana on myös piirteitä empiirisestä tutkimusotteesta.²⁶ Siviiliprosessin näyttökysymystä, turvaamistoimen myöntämisedellytyksiä ja ratiota koskevan alkuosan jälkeen, tutkielman loppuosassa käsiteltävät markkinaoikeuden

²² Ks. Husa - Pohjolainen 2008: s. 20

²³ *Teleologisessa eli tarkoituksperäopillisessa tulkinnassa* selvitetään ensiksi sääntelyn tavoitteet. Sen jälkeen arvioidaan eri tulkintavaihtoehtojen tosiasialliset seuraukset. Lopulta tulkintavaihtoehtoista valitaan se, joka edistää parhaiten sääntelyn tavoitteita. *Reaalisessa oikeuslähteopissa* oikeus nähdään yhteiskuntaan suuntautuneena ja lähtökohtana on oikeuden auktoriteetin sijaan oikeuden sisältö, jolloin keskiössä on esimerkiksi kulloinkin tarkastelun kohteena olevan oikeussäännön oikeudenmukaisuus ja kohtuus. *Systemaattisessa tulkinnassa* lakitekstin ilmaisua tulkittaessa otetaan huomioon muut oikeusnormit, oikeudenalan yleiset opit, lainopin teorian, oikeusjärjestyksen systematiikka ja logiikka sekä oikeusjärjestys kokonaisuudessaan. Ks. Hirvonen 2011, s. 40–43; ja Husa - Pohjolainen 2008: s. 25

²⁴ Pihlajarinne on esittänyt, että alioikeustasoiset ratkaisut tulisi nähdä sallittuina oikeuslähteinä reaalisten argumenttien rinnalla. Ks. Pihlajarinne LM 2012. s. 550.

²⁵ Oikeuslähteiden velvoittavuutta koskevan perinteisen jaottelun mukaan lait luetaan vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin, lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut heikosti velvoittaviin ja oikeustiede sallittuihin oikeuslähteisiin. Oikeuslähteissä on siten auktoritatiivisia, sisällöllisiä ja reaalisia tulkintaperusteita. Oikeuslähteiden moninaistumisen ja muuttumisen, eli ns. oikeuden polysentrian vuoksi oikeuslähteiden keskinäistä painoarvoa ei voida enää määrittää yhtä vahvasti kuin aiemmin. Oikeuslähteiden painoarvon on sanottu myös nykyään vaihtelevan oikeudenaloittain ja tilannekohtaisesti. Ks. Hirvonen 2011, s. 43 ja Aarnio 1989, s. 220–221; sekä Pihlajarinne LM 2012. s. 550

²⁶ Husan mukaan, oikeustieteessä empiiriset menetelmät (näkökulmat) ovat usein vain apumenetelmän roolissa. Ks. Husa – Pohjolainen 2008, s. 26

immateriaalioikeudellisia turvaamistoimia koskevat ratkaisut ja niiden arviointi voidaan nähdä osana tutkielman tavoitetta tuottaa tietoa siitä, miten voimassaolevaa oikeutta on sovellettu ja tulkittu, että myös siitä, miten tämä tulisi tehdä jatkossa.²⁷ Kyse on siis lähinnä lainopillista tutkimusta palvelevasta empiirissävytteisestä tutkimuksesta.²⁸ Ratkaisuista saatava tieto on tärkeää sen arvioimiseksi, mikä on aineellisen immateriaalioikeuden, tässä tapauksessa oikeudenhaltijan tehokkaan kiello-oikeuden läpilyöntivoima suhteessa yleisen turvaamistoimen myöntämiskynnykseen, siten kuin sitä on suomalaisessa oikeuskäytännössä sovellettu.

²⁷ Tutkielmassa annetaan de lege sententia –huomautuksia, jotka pyrkivät vastaiseen oikeuskäytäntöön vaikuttamiseen. Ks. Siltala 2003, s. 8

²⁸ Pihlajarinteen mukaan, empiirisen ja normatiivisen tutkimuksen rajat ovat usein häilyviä ja vain harvoin metodi voidaan palauttaa yksiselitteisesti empiiriseksi tai normatiiviseksi. Empiirisestä tutkimuksesta voitaisiin puhua jos tutkimuksen nimenomaisena tarkoituksena olisi vain selvittää miten tuomioistuimet ovat ratkaisseet tiettyjä ongelmia ilman pyrkimystä johtopäätösten tekemiseen voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Ks. Pihlajarinne, LM 2012, s. 557

2. Näyttöratkaisu dispositiivisessa riita-asiassa

Tutkittaessa näyttöratkaisua immateriaalioikeudellisissa turvaamistoimissa on tärkeää ensin ymmärtää mistä osatekijöistä tuomioistuimen näyttökysymyksen ratkaisu siviilioikeudellisissa asioissa koostuu.

OK 17 luku rakentuu ns. vapaan todistusteorian pohjalle, joka koostuu vapaasta todistelusta ja vapaasta todistusharkinnasta. Asianosaisella on OK 17:1.1:n mukaan oikeus esittää haluamansa näyttö tuomioistuimelle ja toisaalta tuomioistuin voi vapaasti harkita kunkin todisteen todistusvoiman ilman minkäänlaisia rajoitteita (OK 17:1.2). Toisin sanoen, tuomioistuin näytön vakuuttavuutta arvioidessaan ole minkäänlaisten harkintavaltaa sääntelevien määräysten sitoma, vaan on velvollinen vapaasti harkitsemaan esitettyjen todisteiden todistusvoiman.²⁹ Harkinnan vapaus ei merkitse kuitenkaan mielivallan tai edes intuition sallimista, vaan OK 17:1.2 velvoittaa perusteelliseen ja tasapuoliseen näyttöarvopunnintaan vapaalla todistusharkinnalla.³⁰ Vapaata todistelua on sen sijaan rajoitettu OK 17 luvun nimenomaisin todistelukielloin todistelun luotettavuutta ja todisteiden välitöntä ja keskitettyä vastaanottamista turvaavien näkökohtien pohjalta. Tästä esimerkkinä OK 17:24:n mukainen lähtökohtainen kiello käyttä todisteena etukäteen laadittua yksityisluontoista todistajankertomusta tai pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvan todistelun poikkeusluontoisuus (OK 17:56).

Näytön riittävyys tuomioistuin ratkaisee soveltamalla todistustaakkanormeja, jotka osoittavat kumpi asianosainen kussakin tilanteessa kantaa riskin riittävän näytön puuttumisesta ja kuinka korkea todennäköisyyttä riittävältä näytöltä vaaditaan. OK 17:2.1:n mukaan, riita-asiassa asianosaisen on näytettävä ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa tai vastustamisensa perustuu. Tätä yleissäännöstä lukuun ottamatta kirjoitettu laki sisältää siviiliprosessin osalta varsin niukasti nimenomaisia todistustaakkaa koskevia sääntöjä, jolloin todistustaakkaongelmat on jätetty suurelta osin oikeuskäytännön ja oikeustieteen varaan.³¹ Todistustaakasta käytetään

²⁹ Ks Lappalainen et al. 2018; Tirkkonen 1949, s. 23.

³⁰ Tämän vuoksi OK 24:4:n mukaan tuomion perusteluissa on ilmoitettava, mihin tosiseikkoihin tuomio perustuu, ja selostettava, millä perusteella riitainen seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä.

³¹ Rikosasioissa sen sijaan todistustaakan jakokysymys on selväpiirteinen ja selvittämättä jäämisen riskin kantaa luonnollisista oikeusturvasyistä kantaja. Siviiliprosessissa vastakkain ovat kaksi yksityistä etua, jolloin todistustaakan jakautuminen on monitahoinen ja hankala ongelma eikä määräydy kategorisesti asianosaisaseman mukaan kuten rikosprosessissa. Ks. Lappalainen 2001, s. 321

myös nimitystä näyttövelvollisuus tai todistamisvelvollisuus. Termi ei kuitenkaan tarkoita, että asianosaisella olisi suoranainen velvollisuus esittää todisteita, vaan termi ilmaisee ainoastaan asianosaisen riskin kärsiä tappio näytön jäädessä riittämättömäksi. Todistustaakasta eli näyttövelvollisuudesta selviytyminen ei myöskään välttämättä edellytä, että nimenomaan näyttövelvollisen tulisi esittää riittäväksi katsottava näyttö. Tämä johtuu siitä, että tuomioistuimien ottaa todistusharkinnassaan OK 17:1.2:n mukaisesti huomioon kaikki asiassa laillisesti esille tulleet seikat riippumatta siitä, kenen toimesta todisteet on esitetty, ja harkinnassa saadun todennäköisyysarvion pohjalta ratkaistaan, onko näyttövelvollinen asianosainen ”selviytynyt” todistustaakastaan.³²

OK 17:2.1 ilmaisee samalla pääsäännön, jonka mukaan todistustaakka seuraa siviiliasioissa väittämistaakkaa. OK 24:2:ssä ilmaistu väittämistaakka tarkoittaa asianosaisen velvollisuutta vedota oikeustositseikkaan, jotta se otettaisiin jutussa huomioon. Lainkohdan mukaan, tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä. Näin ollen, vetoamalla oikeustositseikkoihin asianosaiset määrittävät itse tuomioistuimen tutkinnan alueen eikä tuomioistuin saa ottaa huomioon oikeustositseikkoja joihin asiassa ei vedota.³³ Todistustaakalle ja väittämistaakalle molemmille on yhteistä, että ne eivät ulotu varsinaisen oikeuskysymyksen puolelle, johon tuomioistuin ottaa juva *novit curia* –periaatteen mukaisesti kantaa itsenäisesti viran puolesta (OK 17:4.1).³⁴

Näyttökysymyksen ratkaiseminen voidaan teoreettisesti jakaa yhtäältä todisteiden näyttöarvon punnintaan – varsinaiseen *todistusharkintaan* ja toisaalta näytön *riittävyystä* koskevaan päätöksentekoon. Tällöin tuomioistuin arvio aina 1) esitetyn näytön todistusvoiman 2) ratkaisee todistustaakan jakautumisen asianosaisten välillä sekä 3) määrittää näyttökynnyksen³⁵, jonka pohjalta ratkaisee näytön riittävyyskysymyksen. Näyttökysymyksessä tehtävä ratkaisu sisältää näin sekä todennäköisyysarvioinnin sekä riittävyysratkaisun. Riittävyysarviossaan tuomioistuin

³² Ks. Lappalainen 2001, s. 310

³³ Ks. Lappalainen et al 2018; Lappalainen 2001, s. 307

³⁴ Ks. Lappalainen et al. 2018; Lappalainen (2001): s. 317

³⁵ Saranpään määritelmän mukaan näyttökynnyksellä tarkoitetaan määräystä riittävästä näytöstä, jonka käsillä ollessa tuomioistuin voi perustaa tuomionsa todistelun kohteena olevaan oikeustositseikkaan. OK 17:2.1:n on tulkittu sisältävän subjektiivis-kognitiivisen näyttökynnyksen, eli ratkaisijan subjektiivisen vakuuttuneisuuden asteen ja objektiivis-normatiivisen näyttökynnyksen, joka tarkoittaa että subjektiivisten kriteerien on saatava tukea todistusaineistosta, siten että näyttöratkaisu ei perustu puhtaasti subjektiivisiin kriteereihin. Ks. Saranpää 2010, s. 218

”vertaa” todistusharkinnassa saavutetun teeman (asianosaisten faktaväitteen) todennäköisyysastetta siihen, millaista todistusvoimaa laki näytöltä vaatii. Käytännön ratkaisutoiminnassa todistusharkinta ja näyttöratkaisun riittävyttä sääntelevä normatiivinen elementti sulautuvat yhdeksi kokonaisuudeksi. Niiden erottelulla on ainoastaan merkitystä lähinnä näyttöratkaisun kuvaamisen ja analysoinnin näkökulmasta. Näyttöä arvioidessaan tuomari ottaa joka tapauksessa samalla kertaa kantaa sekä näytön ”empiiriseen” todistusvoimaan että sen ”juridiseen” riittävyteen.³⁶ Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa näyttöratkaisun koostumuksesta ja painotuksista on kuitenkin vallinnut periaatteellista keskustelua, jolloin voidaan erottaa kolme erilaista tutkimussuuntausta: 1) tuomarin vakuuttuneisuutta korostava - ”perinteinen doktriini” ja 2) ”uudempi todistusoikeudellinen tutkimus” sisältäen ns. todennäköisyysmallit (todistusarvo- ja teemametodi), joissa näyttöratkaisun kysymyksiä, kuten tuomarin ”vakuuttuneisuutta” pyritään objektivimaan numeerisiksi arvoiksi ja 3) vaihtoehtoiset mallit, joissa näyttöratkaisua pyritään lähestymään kokonaisvaltaisesti muista kuin matemaattisista lähtökohdista.

2.1 Perinteinen todistusoikeudellinen doktriini

Perinteisen doktriinin edustajiin lukeutuvat mm. Tirkkonen ja Halila, jotka tekivät eron todistusharkinnan ja todistustaakan välillä. Tirkkosen esityksissä kysymys näytön riittävydestä on sijoitettu todistusharkinnan puolelle, ja todistustaakkaa koskevista selvittelyistä on keskitytty siihen, miten todistustaakka jakautuu asianosaisten välillä.³⁷ Perinteisen doktriinin mukaisessa lähestymistavassa todistusharkintavaiheessa otetaan kanta siihen, onko todistusteemana oleva oikeustositseikka olemassa, eli onko ko. seikkaa koskeva väite tosi vai ei. Mikäli tuomari päätyy olemassaolon kannalle, näyttökysymys on ratkaistu ja se asetetaan ratkaisun perustaksi. Vastaavasti jos todistusharkinnassa osoittautuu, että oikeustositseikka on epätosi, tuomion perustaksi asetetaan tuo toinen asiantila. Todistustaakkanormit, eli normit jotka osoittavat kumman osapuolen haitaksi selvittämättä jääminen koituu, tulevat sovellettavaksi ainoastaan silloin, mikäli oikeustositseikan olemassaolo on jäänyt epäselväksi. Tällaisessa tilanteessa todistustaakkanormit auttavat tuomioistuinta selviytymään ratkaisupakostaan, jonka mukaisesti sen on ratkaistava asia riippumatta siitä, kuinka

³⁶ Ks. Lappalainen 2001, s. 294, 298

³⁷ Ks. Lappalainen 2001, s. 295; Tirkkonen 1949, s. 14, 21

luotettavasti totuus on pystytty selvittämään.³⁸ Poiketen uudemmassa todistusoikeudellisesta lähestymistavasta, perinteinen doktriini korostaa tuomarin vakuuttuneisuutta ja pyrkii korostuneemmin aineellisen oikeuden toteutumiseen. Perinteisessä doktriinissa todistusharkinnan yhteydessä määritellyn näyttökynnyksen on katsottu myös olevan periaatteessa kiinteä siten, että yleensä vain ns. ”täysi näyttö”³⁹ käy riittävästä näytöstä. Lappalainen näkee perinteisessä doktriinissa yhtymäkohtia legaaliseen todistusteoriaan, joka ei antanut tuomarille vapaata todistusharkintaa, vaan määräsi sitovasti, milloin todistettavasta seikasta voitiin katsoa annetun ”täysi näyttö”, ja jossa todistustaakkanormit palvelivat yksistään kysymystä riskinjaosta tilanteissa, joissa täysi näyttö jäi saavuttamatta. Tuomarin todistusharkinnan ollessa sidottua, todistelun uskottavuusongelmat ratkaistiin pääosin jo todistelun esittämisvaiheessa kieltämällä todistelu, joka yleisesti tiedettiin epäluotettavaksi.⁴⁰

2.2 Uudempi todistusoikeudellinen doktriini

Uudempi todistusoikeustutkimus näkee näytön riittävyyskysymykset normatiivisena asiana osana todistustaakkaproblematiikkaa. Todistustaakkanormistoa soveltaessaan tuomari ottaa samalla kertaa kantaa kysymykseen, kummalla asianosaisella on todistustaakka ja kuinka vahvaa näyttöä asianosaiselta vaaditaan näyttövelvollisuudesta selviytymiseksi. Todistustaakan jakosäännöt ovat siten vain osa todistustaakkanormistoa. Toisen osan muodostavat näyttökynnyksen korkeutta, ns. näyttövaatimusta sääntelevät normit. Todistustaakan jakautumista ja näytöltä vaadittavaa vahvuutta koskevat normit kulkevat käsi kädessä ja ohjaavat jo todistelumenettelyä, joka auttaa niin asianosaisia kuin tuomariakin näyttökysymyksen selvittämisessä. Todistustaakkakysymys ratkaistaan jo oikeudenkäynnin aikana eikä vasta tuomion antamisvaiheessa mahdollisesti paljastuvissa ”selvittämättä jäämisen” tilanteissa, jonka lisäksi todistustaakkanormeilla on merkitystä näytön arvioinnissa muidenkin kuin selvittämättä jääneiden oikeustositseikkojen osalta. Tällainen menettely auttaa

³⁸ Ks. Lappalainen et al. 2018; Lappalainen 2001, s. 295; Halila 1955, s. 2

³⁹ Täydellä näytöllä tarkoitetaan Tirkkosen mukaan ”eräänlaista korkeamman asteen todennäköisyyttä eli siis sellaista todennäköisyyden määrää, joka riittää saamaan järkevän ja tunnollisen henkilön vakuuttuneeksi siitä, että tosiseikka todella on olemassa.” Tästä on katsottu voitavan poiketa ainoastaan silloin, jos laki nimenomaan kyseistä tapausta varten on osoittanut, että täyttä näyttöä alempi todennäköisyysnäyttö riittää. Ks. Tirkkonen 1949, s. 24; Lappalainen 2001, s. 295, 308

⁴⁰ Ks. Lappalainen 2001, s. 296; Lappalainen et al. 2018. Ennen vuoden 1948 todistuslainsäädännön uudistusta ja vapaaseen todistusteoriaan siirtymistä laki sisälsi mm. pitkän luettelon henkilöistä, jotka asianosaisiin tai asiaan olevan läheisen suhteensa vuoksi olivat esteellisiä todistamaan oikeudenkäynneissä.

parhaimmillaan asianosaisia hahmottamaan jo etukäteen, kannattaako oikeudenkäyntiin lainkaan ryhtyä sikäli kun todistustaakan jakautuminen ja vaadittu näyttökynnys on paremmin arvioitavissa verrattuna perinteiseen lähestymistapaan.⁴¹

Vakiintunut käsitys on, että uudempi doktriini ilmaisee perinteistä doktriinia selvemmin mm. sen, että vapaa todistusharkinta koskee nimenomaan näyttöarvopunnintaa ja että näyttökynnyksen korkeus, ”näyttövaatimus”, on puolestaan, kuten todistustaakan jakokin, normatiivinen kysymys, johon esitetyille todisteille annettava todistusvoima, näyttöarvo, ei sellaisenaan vaikuta.⁴²

Uudessa doktriinissa riittäväksi katsottavan näytön vaatimus, eli siviiliprosessin näyttökynnys, nähdään myös *joustavampana* ilmiönä verrattuna perinteisen doktriinin ”täyden näytön” vaatimukseen. Tällöin kysymys todistustaakan jakautumisesta vaikuttaa myös siihen, kuinka korkealle näyttökynnys tulisi asettaa, joka voi jutun laadusta riippuen vaihdella huomattavastikin.⁴³

Todistusharkinnan puolella uudessa doktriinissa on pyritty perinteistä lähestymistapaa analyttisempään otteeseen tarkastelemalla erittelevästi todisteen ja todistusteeman välistä suhdetta erilaisin matemaattisin frekvenssein, joita on käytetty apuna todistusharkintaproblematiikan havainnollistamiseksi.⁴⁴ Tunnetuimpina todistusharkinnan tarkastelutapoina voidaan pitää *teema- ja arvometodia*, jotka molemmat ovat oikeuskirjallisuudessa saaneet kritiikkiä niiden vähäisestä käytännön soveltuvuudesta ratkaisutoimintaan.⁴⁵ Jonkan mukaan, edellä mainitut teoriat voidaan kuitenkin nähdä hyödyllisinä välineinä hahmottaa ja jäsentää tuomarin todistusharkinnassaan suorittamaa aivotyötä.⁴⁶ Tämän vuoksi teema- ja arvometodi käydään vertailevasti läpi seuraavassa.

⁴¹ Ks. Lappalainen 2001: s. 296-297; Lappalainen et al. 2018

⁴² Ks. Lappalainen 2001: s. 296-297; Lappalainen et al. 2018

⁴³ Ennen legaalisen todistusteorian hylkäämistä (vuonna 1949) ja vapaan todistusteorian omaksumista täyden näytön käsite määriteltiin matemaattistyyppisin muodollisin kriteerein esimerkiksi siten, että vasta kahden jäävittömän todistajan yhtäpitävä kertomus oli täysi näyttö, mutta yhden todistajan kertomus vain ”puoli näyttöä” eikä todistusharkinnalle varsinaisesti jäänyt sijaa. Ks. Lappalainen 2001: s. 342; Lappalainen et al. 2018

⁴⁴ Lappalainen 2001: s. 297; Lappalainen et al. 2018

⁴⁵ Tosin, kuten Jonkkakin toteaa, näillä malleilla ei ole katsottukaan voitavan korvata kokonaan intuition merkitystä tuomarin ratkaisutoiminnassa eikä tavoitteena ole käytännössä ollut matematisoida tuomarin ratkaisutoimintaa. Ks. Jonkka 1993, s.100; Lappalainen 2001: s. 305; ja Saranpää 2010, s. 165-170.

⁴⁶ Ks. Jonkka 1993, s. 100.

2.2.1 Teemametodi ja todistusarvometodi – todistusharkinta frekvensseinä?

Pohjoismaisessa todistusoikeudellisessa tutkimuksessa on 1940-luvulta lähtien hahmottunut kaksi toisistaan poikkeavaa tuomarin todistusharkintaan keskittyvää tarkastelutapaa, jotka tunnetaan nimellä teemametodi ja todistusarvometodi.

Teemametodin kannattajat pitävät siviiliprosessin päätehtävänä konfliktinratkaisufunktiota, jossa tärkeintä on oikeudenloukkauksen kärsineen asianosaisen hyvittäminen. Tässä mielessä konfliktinratkaisufunktiolla on yhtäläisyyksiä oikeussuojafunktioteoriaan, jota pidetään siviiliprosessin tehtäväkäsityksistä vanhimpana ja perinteikkäimpänä.⁴⁷ Teemametodia pidetään vanhempana ja perinteisempänä lähestymistapana ja siinä tarkastelu keskittyy nimenomaan todistusteeman todennäköisyyteen, todistusharkinnan lopputulokseen. Teemametodin kannattajiin lukeutuvat mm. Bolding, Eckhoff ja Lindell.⁴⁸

Teemametodissa pyritään vastaamaan kysymykseen, millä todennäköisyydellä teema on olemassa tietyn todistusaineiston valossa. Samaan tapaan kuin todistusarvometodissa, todistusharkinnassa tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista numeerisin frekvenssein kuinka vahva todistusteemaa koskeva todennäköisyys on käsillä, jota tämän jälkeen verrataan ennalta määritettyyn näyttökynnysnormiin, joka määrittelee millaista todennäköisyyttä todistusteeman katsominen näytetyksi tapauksessa edellyttää.⁴⁹ Teemametodi eroaa kuitenkin todistusarvometodista eräiltä osin merkittävästi. Toisin kuin todistusarvometodin, teemametodin todennäköisyyskäsite on kaksisuuntainen (todennäköisyyden negaatiosääntö). Tämä tarkoittaa sitä, että todistusteeman vastakohdasta voidaan päätellä todistusteeman vastakohdan todennäköisyys. Toisin sanoen, esitetty todistusteemaväite jonkin oikeustositseikan olemassaolosta aktualisoi samalla sen vastakohdan. Tämän voidaan katsoa olevan linjassa väittämistaakkaopin kanssa. Todistusarvometodissa sitä vastoin todistusteeman vastakohdan katsotaan ilmentävän selvittämättä jäänyttä osuutta, eikä sen katsota todistavan mistään.⁵⁰ Todistusteemametodissa tuomioistuimen todistusharkinta rajoittuu vain asiassa esitettyyn lainmukaiseen todistusaineistoon, eikä muita seikkoja saa ottaa huomioon. Toisin sanoen,

⁴⁷ Ks. Saranpää 2010, s. 170

⁴⁸ Ks. Lappalainen 2001, s. 302

⁴⁹ Ks. Saranpää 2010, s. 171

⁵⁰ Ks. Lappalainen 2001, s. 302; Saranpää 2010, s. 172

tuomioistuimien katsoo todistusaineiston kussakin tapauksessa ”täydelliseksi”, jolloin todistusarvometodin mukaisia todistusaineiston kattavuuteen tai todistusketjun virhelähteisiin liittyviä pohdintoja ei tarvita.⁵¹ Teemametodissa alkuperäistodennäköisyydelle annetaan näytön arvioinnissa suurempi painoarvo verrattuna todistusarvometodiin, jossa sillä on katsottu olevan ainoastaan rajoitettu merkitys. Teemametodissa alkuperäistodennäköisyyttä jonkin oikeustositseikan olemassaolosta voidaan ”korjata” esittämällä siitä todisteita, riippumatta siitä kuinka epätodennäköisenä teeman olemassaoloa voidaan pitää ennen todisteiden esittämistä.⁵²

Per Olof Ekelöfin kehittämä todistusarvometodi perustuu ohjausteoriaan, jonka keskeisimmän ajatuksen mukaan yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden on väistytävä yhteiskunnan edun nimissä. Aineellisoikeudellisten normien läpilyöntivoiman ja sitä kautta yhteiskunnan toimivuuden takaaminen edellyttää korkeaa näyttökynnystä, jotta velalliset eivät tekisi perättömiä maksuväitteitä taloudellisina kriisiaikoina. Tällöin ajatuksena on että ”tuomioistuimien toimii parhaiten silloin, kun sen ei tarvitse toimia”.⁵³ Ohjausteoreetikkojen mukaan näyttökynnyksen tulee olla korkea, mutta kuitenkin vaihteleva riippuen siitä, millaisia tavoitteita kyseisiin aineellisoikeudellisiin tyyppitilanteisiin liittyy.⁵⁴ Näyttökynnyksen alentaminen edellyttää erityisiä perusteluja, jotka tulee voida johtaa aineellisoikeudellisen normiston tavoitteesta.⁵⁵

Todistusarvometodissa keskitytään tarkastelemaan todisteen ja teeman välistä todistussuhdetta, todisteen näyttöarvoa. Todistusarvometodissa kysytään, miksi ja millä todennäköisyydessä esitetty todiste todistaa teemasta. Todistusarvometodissa on keskeistä todisteen ja teeman välinen kausaalisuhte, jonka todennäköisyyttä pyritään selvittämään. Teemametodissa sen sijaan, syy-yhteyttä todisteen ja teeman välillä ei edellytetä.⁵⁶ Todistusarvometodissa todisteiden keskinäinen näyttöarvo määritellään todisteiden rinnakkais- ja vastavaikutuskaavojen avulla. Todistusharkintakaavojen soveltamisen jälkeen kokonaisnäyttöä

⁵¹ Ks. Saranpää 2010, s. 174; Jonkka 1989, s. 258-259

⁵² Ks. Saranpää 2010, s. 174; Eckhoff – Bolding 1992, s. 93

⁵³ Sovellettaessa todistusarvometodin mukaista poikkeuksellisen korkeaa normaalinäyttökynnystä, tuomioistuimen ei Saranpään mukaan hyvin todennäköisesti tarvitsisi toimia ollenkaan. Ks. Saranpää 2010, s. 165-166; Olivecrona 1930, s. 130, 159; Ekelöf – Boman 1992, s. 85

⁵⁴ Ks. Lappalainen 2001, s. 301; ja Saranpää 2010, 155-159

⁵⁵ Näyttökynnyksen alentaminen voi tulla kyseeseen esimerkiksi sopimuksen ulkoisen vahingonkorvausvastuun syy-yhteytilanteissa, joissa vahingonkärsijällä voi olla huomattavia vaikeuksia todistaa tunnusmerkistöön kuuluvia seikkoja. Ks. Ekelöf – Boman 1992, s. 107-109

⁵⁶ Ks. Lappalainen 2001, s. 302

verrataan näyttökynnysnormin edellyttämään todennäköisyysvaatimukseen, joita Ekelöf on luetellut seuraavasti: ”oletettava”, ”todennäköinen”, ”näytetty”, ”ilmeinen” ja ”täysin varma”. Ekelöfin mukaan normaalinäyttökynnys ”näytetty” vastaa vapaassa todistusharkinnassa samaa, mitä täyden näytön vaatimus legaalisisessa todistusteoriassa.⁵⁷ Mikäli näyttöarvo ei ylitä näyttökynnystä, tulee todistustaakkanormi sovellettavaksi jommankumman osapuolen haitaksi.⁵⁸ Todistusarvometodia on kritisoitu eritoten sen korkeasta 75%:n normaalinäyttökynnyskynnystä ja todistustaakkanormien ylikorostuneesta asemasta, jotka johtavat todistustaakan rasittaman osapuolen jopa ylitsepääsemättömiin todisteluongelmiin.⁵⁹ Lisäksi aiheellista huomiota on kiinnitetty siihen, ettei metodin mukaisilla kausaalisuhteilla operointi sovellu tilanteisiin, joissa on kysymys usean todistustositseikan muodostamasta kokonaisuudesta.⁶⁰ Edelleen, todistusarvometodia on pidetty ongelmallisena siihen sisältyvän ajatuksen vuoksi, jonka mukaan todellisuus olisi objektiivisesti arvioitavissa olevaa ja täysin subjektien mielteistä riippumatonta. Näin ei kuitenkaan ole, vaan inhimillinen todellisuus edellyttää tulkintaa varsinkin dispositiivisissa riita-asioissa, joissa objektiivisesta totuudesta puhuminen on harvoin perusteltua eikä sitä tuomioistuimelta liioin voida ulkopuolisena edellyttää.⁶¹ Tämä liittyy vahvasti aiemmin sivuttuun todistusarvometodin yksisuuntaiseen todennäköisyyskäsitykseen, jonka perimmäisenä tarkoituksena on välttää aineellisesti vääriä tuomioita. Kriitikkojen mielestä yksisuuntainen todennäköisyyskäsitys tarkoittaisi prosessin ulkoisen todellisuuden omaksumista todistusharkinnan viitekehyykeksi, joka sivuuttaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteet ja johtaa niiden korvautumiseen luonnon- tai yhteiskuntatieteellisillä painotuksilla. Tämän vuoksi todistusarvometodista on käytetty nimeä ”totuusmalli”, jonka voidaan katsoa olevan ristiriidassa OK 17:2:n kanssa ja sopivan huonosti dispositiivisten riita-asioiden käsittelyyn.⁶²

⁵⁷ Ilmaukset voidaan muuttaa Ekelöfin mukaan numeerisiksi arvoiksi: ”oletettava” (0,25), ”todennäköinen” (0,50), ”näytetty” (0,75), ”ilmeinen” (0,90). Ks. Ekelöf – Boman 1992.

⁵⁸ Ks. Saranpää 2010, s. 164

⁵⁹ Saranpään mukaan, jos normaalinäyttökynnys on 75 prosenttia, tarkoittaisi tämä sitä, että asianosaisten todistusaineistoa toisiinsa verrattaessa todistustaakan rasittaman asianosaisten esittämän näytön tulisi olla neljä kertaa vakuuttavampaa kuin vastapuolen näytön. Ks. Saranpää 2010, s. 165

⁶⁰ Tällöin voidaan puhua ns. rakenteellisesta näytöstä, jonka arvioinnissa myös muut kuin loogiset ja kausaaliset suhteet voivat olla merkityksellisiä. Ks. Saranpää 2010, s. 167

⁶¹ Ks. Lindell 2003, s. 475; Saranpää 2010, s. 168

⁶² Ks. Diesen 1999, s. 117; Lindell 1987, 167-168; Diesen 2002, s. 11; Saranpää 2010, s. 169-170

Lappalainen on katsonut, että teema- ja arvometodista voidaan parhaimmillaan löytää ainoastaan ajattelumalleja ja todistusarvojen ”kalkylointikaavoja”, jotka eivät kuitenkaan voi korvata tuomarin viimekädessä intuition pohjalta tekemää näyttöratkaisua: ”todistusharkintaa ja sen lopputuloksena ilmenevää tuomarin subjektiivista vakuuttuneisuutta ei voida vangita matemaattisiin kaavoihin”. Näin ollen, frekvensseihin perustuvat todistusharkintateoriat epäonnistuvat ainakin käytännön tasolla niiden alkuperäisessä tavoitteessa, joka oli ”tuomarin vakuuttuneisuutta” koskeviin ilmaisuihin liittyvän epämääräisyyden poistaminen.⁶³ Lappalaisen mukaan teorioita voidaan arvostella myös sen vuoksi, etteivät ne ota kaavamaisuudessaan riittävästi huomioon näyttökysymystä koskevan päätöksenteon normatiivista ulottuvuutta, riittävyyskysymystä.⁶⁴ Uudemmassa ruotsalaisessa prosessioikeustutkimuksessa on myös esitetty, ettei prosessioikeustutkimuksessa tulisi kehittää erityisiä todistusharkintateorioita, sillä vapaan todistusharkinnan periaatteen tarkoituksena on mahdollistaa ”aineellisesti oikeiden tuomioiden” löytäminen oikeuskäytännössä.⁶⁵

Vaihtoehtoihin malleihin perustuvassa todistusoikeustutkimuksessa on pyritty irtaantumaan edellä käsitellyn kaltaisesta frekvenssiteoreettisesta katsomustavasta ja tarkasteltu näyttökysymystä koskevaa päätöksentekoa kokonaisvaltaisemmin todistustaakan ja näytön riittävyyden näkökulmasta.

2.3 Vaihtoehtoiset mallit

2.3.1 Normatiiviteoria

Ensimmäisenä skandinaavisessa todistusoikeustutkimuksessa kehitettynä vaihtoehtoisena mallina voidaan pitää Henrik Zahlen kehittämää normatiiviteoriaa. Zahle hyväksyy todennäköisyysteorioiden lähtökohdat tapauksissa joissa todistusaineisto voidaan määritellä numeerisesti, josta esimerkkinä hän mainitsee isyysjutut. Monimutkaisemmissa riita-asioissa todennäköisyysmallit laiminlyövät oikeudellisen näytön arvioinnin luonteen ja lähtökohdat. Normatiiviteorian mukainen katsomustapa on linjassa nykyaikaisen riitaprosessin kanssa siten, että oikeudenkäynnissä todistusaineiston hankkimisesta ja esittämisestä vastaavat asianosaiset.

⁶³ Ks. Saranpää 2010, s. 196

⁶⁴ Ks. Lappalainen 2001, s. 305

⁶⁵ Ks. Saranpää 2010, s. 219; Axberger – Västberg JT 2006, s. 985-986

Normatiiviteoriassa näytön arviointi kohdistuu asianosaisten käyttäytymiseen niin oikeudenkäynnissä kuin sen ulkopuolellakin.⁶⁶ Käyttäytymisen arviointi on luonteeltaan normatiivista, jonka perusteella tuomioistuin tekee päätelmänsä siitä mihin seikastoon tuomio on perustettavissa. Näyttökynnyksen arvioinnissa käytetään kahdenlaisia arviointikriteerejä: objektiiviset vaatimukset ja yleiset edellytykset. Objektiiviset vaatimukset ovat: 1) todisteluun varautuminen, 2) todistelun turvaaminen, 3) todistelun säilyttäminen ja varastoiminen ja 4) todistelun esittäminen. Yleisiä edellytyksiä on kolme: 1) todistelun mahdollisuus, 2) huolimattomuus, 3) relevanssivaatimus.⁶⁷

Objektiiviset vaatimukset kuvastavat sitä teorian yleistä lähtökohtaa, että asianosaisten kannattaa varautua todisteluun oman etunsa vuoksi, esimerkiksi huolehtimalla sopimusten asianmukaisesta laadinnasta, jotta osapuolten oikeudet ja velvollisuudet ovat mahdollisen riidan syntyessä myöhemmin määritettävissä ulkopuolisen riidanratkaisijan toimesta. Tämä on omiaan vähentämään myös oikeudenkäyntiin turvautumisen tarvetta. Todisteluun varautuminen on teorian mukaan tärkeää riippumatta siitä ajaudutaanko oikeussuhteessa konfliktiin tai oikeusriidan asteella. Jos asianosainen ei onnistu esittämään todistusaineistoa, jonka hankkimiseen hänellä olisi ollut aihetta ja mahdollisuus, tuomioistuin perustaa tuomion vastapuolen versioon riidanalaisesta todistusteemasta. Todisteluun varautumisvaatimusta voidaan kuitenkin lieventää sellaisten erityisten syiden nojalla, jotka perustuvat oikeusriidan syntymisen todennäköisyyteen tai todistelun asianosaiselle aiheuttamiin kustannuksiin ja vaivaan. Mitä epätodennäköisempää jonkin riidan syntyminen on ja mitä enemmän kustannuksia ja vaivaa todisteluun varautuminen (ja todistusaineiston säilyttäminen) aiheuttaisivat, sitä perustellumpaa on lieventää niitä koskevia vaatimuksia.⁶⁸ Toisin sanoen, tämän tulisi näkyä näyttökynnyksen korkeudessa.

Teorian avainkäsitteitä ovat ”havaittavissa oleva todistuskeino” ja ”standarditodiste”. Ensimmäisellä tarkoitetaan sitä, että tuomarin näyttöratkaisu perustuu empiiriseen

⁶⁶ Turvaamistoimioikeudessa hakijan passiivisuus voi toimia yhtenä hakemuksen hylkäämistä puoltavana seikkana. Näin esimerkiksi ratkaisussa MAO 434/15, jossa hakija oli vaatinut turvaamistoimea tuotteitaan loukkaavan toiminnan kieltämiseksi vuoden päästä vastapuolen tuotteiden markkinoille tulon jälkeen.

⁶⁷ Zahle 1979, s. 263-264; Zahle 1976, s. 412

⁶⁸ Ks. Zahle 1979, s. 265

havainnointiin asianosaisen ennen oikeudenkäyntiä hankkimasta näytöstä.⁶⁹ Jälkimmäisellä tarkoitetaan todistuskeinoa, joka tietyssä tyyppitilanteessa riittää tuomion perustamiseksi johonkin väitteeseen. Tällaisena toimii esimerkiksi kuitti velan maksusta.⁷⁰ Normatiiviteorian mukaisessa lähestymistavassa asianosaiselta ei tulisi edellyttää näyttöä sellaisista kysymyksistä tai sellaisella tavalla, että aineellisen oikeuden toteuttaminen käy mahdottomaksi. Ajatuksella on taustansa negatiiviteoriassa, jonka mukaan negatiivisten seikkojen todistaminen on mahdotonta.⁷¹

Normatiiviteoria on saanut osakseen kritiikkiä vaikeaselkoisuudestaan ja korkeasta abstraktiotasostaan, mutta sen keskeisajatuksen todistusharkinnan kohdistumisesta asianosaisten käyttäytymiseen on katsottu olevan hyödyllinen.⁷² Saranpään mukaan, normatiiviteorian soveltaminen olisi käytännössä varmaankin vaikeampaa kuin todennäköisyysmallien, joiden kritiikiksi se kehitettiin. Oma näkemykseni on, että todennäköisyysmallien kritiikiksi kehitettyjen teorioiden keskeisajatuksena on nimenomaan ollut päästä eroon frekvensseihin perustuvista jäykistä todistusharkintamalleista ja antaa tuomioistuimelle työkaluja arvioida näyttöratkaisua kokonaisvaltaisesti erilaisiin oikeusperiaatteisiin nojautuen. Normatiiviteoria ei pyrikään olemaan yleispätevä ratkaisu todistusharkinnan kysymyksiin samalla tavalla kuin teema- ja todistusarvometodi. Teorian keskeisajatuksella siitä, että näyttömahdollisuuksilla tulee olla merkitystä asetettaessa näyttökynnystä, on kantavuutta esimerkiksi turvaamistoimiasioiden kohdalla.

2.3.2 Normisidonnainen todistusharkintateoria

Toisena keskeisenä todennäköisyysmalleille esitettynä vaihtoehtoisena teoriana voidaan pitää Bengt Lindellin *normisidonnaista todistusharkintateoriaa*. Siinä missä normatiiviteorian

⁶⁹ Bolding on kritisoinut käsitettä ja pitänyt sitä epämääräisenä, sillä ei ole selvää, pitäisikö tuomarin ottaa esimerkiksi todistajan lausuma tuomiossa huomioon sellaisenaan, vai saako tuomioistuin teorian mukaan tehdä omat päätelmänsä lausuman perusteella. Teemametodin kannattajiin lukeutuva Bolding saattaisi kysyä, onko tuomarin mahdollista ottaa näyttöratkaisunsa pohjaksi todistajan esittämän lausuman negatio? Ks. Bolding 1978, s. 531-532; Saranpää 2010, s. 206

⁷⁰ Vastaavalla tavalla myös turvaamistoimiasioissa, käsittelyn summaarisuudesta johtuen, lähtökohdaksi on perusteltua ottaa ”havaittavissa oleva todistuskeino” tai ”standarditodiste”, jollaisena toimii hakijan patentin tai muun immateriaalioikeuden voimassaolo Suomessa. Tällöin puhutaan pätevyysolettaman soveltamisesta, jota markkinaoikeus ratkaisujen perustelujen valossa soveltaa säännönmukaisesti. Ks. esim MAO 554/13

⁷¹ Ks. Zahle 1976, s. 420-423; ja Zahle 1979, s. 266-267

⁷² Ks. Bolding 1978, s. 530-539; Saranpää 2010, s. 205

mukaisessa todistusharkinnassa keskitytään asianosaisten käyttäytymiseen, Lindellin mallissa lähtökohdaksi otetaan aineellisen oikeuden tarpeet ja tuomarin intuitiivinen esiymmärrys tapauksesta. Teorian keskeisajatuksen mukaan oikeuskysymyksen ja näyttökysymyksen ratkaisemisessa ei ole olennaista eroa, vaan kokemussäännöt vaikuttavat näytön arvioinnissa samalla tavalla kuin oikeusnormi. Yleisen elämäkokemuksen pohjalta määritettyjä kokemussääntöjä tuomioistuimen tulee tulkita tapaukseen sovellettavan aineellisoikeudellisen normin perusteella. Lindellin mukaan tuomioistuimen ratkaisutoiminta on väistämättä intuitiivista perustuen tuomarin yleiseen elämäkokemukseen ja koulutuksen tuomaan esiymmärrykseen. Todistusaineiston näyttöarvon muuttaminen numeerisiksi arvoiksi, todennäköisyyksimallien tapaan, ei siksi ole mahdollista.⁷³

Lindellin teorian keskeisimpiä käsitteitä ovat aineellisoikeudellisten normien tulkinnan kautta määrittyvien kokemussääntöjen rajoittava ja laventava tulkinta. Rikosprosessissa Lindellin teoria toimisi seuraavasti: tuomioistuimen tulee soveltaa aineellisoikeudellisia normeja, kokemussääntöjä samoin kuin todistajan lausumia rajoittavasti, kun ne vaikuttavat syytetyn vahingoksi. Jos edellä mainitut vaikuttavat syytetyn eduksi, niitä tulee tulkita laventavasti. Jonkan mukaan tällaisen tulkintametodin johdonmukainen noudattaminen rikosprosessissa olisi käytännön tasolla vaikeaa ja saattaisi johtaa aineellisesti väärin tuomioihin.⁷⁴ Siviiliprosessissa sen sijaan, näyttökysymyksiä ei usein voida erottaa oikeuskysymyksistä ja käsitys oikeuskysymyksestä väistämättä ohjaa näytön arviointia, erityisesti vahingonkorvausoikeudellisissa tuottamusarvioinneissa. Normisidonnainen todistusharkintateoria lähtee siitä, että todistusharkinnassa kysymys ei ole yksinomaan todistelun luotettavuusarvioinnista, vaan myös tuomioistuimen käsityksestä siitä, miten vertailukohtana olevassa tyyppitapauksessa huolellisuusvelvoitteineen on menetelty.⁷⁵ Normisidonnainen todistusharkinta lähenee siten vahingonkorvausoikeudellista, normin suojatarkoitusta koskevaa oppia, ollen itseasiassa sen todistusoikeudellinen muunnos. Sen

⁷³ Ks. Saranpää 2010, s. 210

⁷⁴ Ks. Jonkka 1993, s. 43-44

⁷⁵ Esimerkkinä normatiivisesta näyttöratkaisun argumentoinnista Lindell käyttää seuraavaa: Auto on törmännyt hirveen, joka on juossut tielle koiran pelästyttämänä ja joudutaan pohtimaan onko vahinko johtunut vapaana juosseen koiran omistajan viasta vai olisiko hirvi juossut tielle joka tapauksessa. Syy-yhteysarvioinnissa joudutaan pattitilanteeseen ja näytön edellyttäminen viimeksi mainitun seikan todennäköisyydestä on harvoin mahdollista. Kysymyksen asettelu pitäisi Lindellin mukaan pysäyttää huolellisuusnormin rikkomiseen, joka riittäisi vahingon tuottamukselliseen aiheuttamiseen. Tämä johtuu siitä, että huolellisuusnormin rikkomisen selvittäminen on ratkaisevasti helpompaa kuin vaihtoehtoisen tapahtumankulun. Ks. Lindell 2003, s. 492; ja Saranpää 2010, s. 212

sijaan, että normin suojatarkoitus nähtäisiin vahinkoa rajaavana tekijänä, todistusharkinnassa normin tarkoitusta käytetään, jotta voitaisiin väistää vaihtoehtoisen tapahtumainkulun näyttövaikeudet ja sisällyttää toiminta vahingonkorvauksen piiriin. Samaan tapaan kuin normatiiviteoriassa, Lindellin teoriassa korostuvat uudemmalta todistusoikeustutkimukselle ominaiset todisteluun varautumisenäkökohdat ja asianosaisten näyttömahdollisuuksien vaikutus näyttöratkaisuun.⁷⁶ Lindellin teorian voidaan katsoa tulevan lähelle myös sitä, miten tuomioistuimet yleensä menettelevät riita-asian näyttökysymyksen ratkaisemisessa.⁷⁷

2.3.3 Todistustaakan ja näyttökynnyksen suhdetta koskevat teoriat

Oikeuskirjallisuudessa keskustelua on vallinnut siitä, kumpi osapuoli kantaa velvollisuuden riittävän näytön esittämisestä ja onko näyttökynnys jutusta riippumatta korkeudeltaan kiinteä, vai tulisiko soveltaa ja missä laajuudessa ns. joustavampaa näyttökynnystä joko jutun laadun tai peräti yksittäisolosuhteiden perusteella.

Kuten uudempaa doktriinia käsittelevässä jaksossa (2.2) tuli ilmi, kysymyksellä todistustaakan jakautumisesta on merkitystä arvioitaessa sitä, kuinka korkealle näyttökynnys tulisi asettaa. Kuten myös todettua, kirjoitetussa laissa vaietaan siitä miten todistustaakka siviiliprosessissa jakautuu asianosaisten kesken, jolloin useimmissa tapauksissa todistustaakan jakautumisessa joudutaan turvautumaan oikeuskäytäntöön sekä erityyppisiin periaatteellisiin ja käytännöllisiin näkökohtiin.⁷⁸ OK 7:3:n yleisessä turvaamistoimessa tilanne on laintasolla selvä: hakijan tulee saattaa oikeutensa todennäköiseksi, jolloin hakijalla on todistustaakka. Tämä ei kuitenkaan ratkaise koko todistustaakkakysymystä, vaan on lisäksi ratkaistava, kuinka vahvaa näyttöä näyttövelvollisen asianosaisen hyväksi vaaditaan, jotta näyttöä arvioitaessa voitaisiin samanaikaisesti ottaa kantaa siihen, onko näyttö riittävää ja onko näyttövelvollinen asianosainen selviytynyt todistustaakastaan.⁷⁹

Täyden näytön vaatimus on vapaan todistusharkinnankin aikana otettu käsitteelliseksi lähtökohdaksi näytön riittävyydelle asettavana yleiskriteerinä. Täysi näyttö on Tirkkosen

⁷⁶ Ks. Saranpää 2010, s. 213-214

⁷⁷ Ks. Saranpää 2010, s. 210

⁷⁸ Vapaaseen todistusharkintaan siirtyminen ei ole tehnyt todistustaakkanormeja tarpeettomiksi, sillä ns. kiperissä tapauksissa ne edelleen ratkaisevat viime kädessä kumman osapuolen vahingoksi näyttämättä jääminen on tuomittava. Ks. Lappalainen 2001, s. 308

⁷⁹ Ks. Klami 2000, s.76; Lappalainen 2001, s. 342

määritelmän mukaan luonnehdittu ”todistusvoimaksi, joka saa järkevän ja tunnontarkan henkilön vakuuttuneeksi, että todistelun kohteena oleva väite oikeustositseikan olemassaolosta on tosi.” Riittävältä näytöltä vaaditaan siten edelleen tällä tavoin luonnehdittavaa tuomarin vakuuttuneisuutta, ellei erityissäännöksistä johdu, että asiassa tyydytään vähäisempään ns. todennäköisyysnäyttöön. Tällainen on tilanne esimerkiksi OK 7 luvun turvaamistoimiasioissa, joiden osalta on katsottu, ettei näyttökynnystä tule asettaa kovin korkealle, vaan liikuttaisiin ns. ylipaino-periaatteen tuntumassa ja jo näyttöenemmyys riittäisi.⁸⁰ Vapaassa todistusteoriassa täyden näytön vaatimus ei ole samassa määrin välttämätön kuin mitä se oli legaalisen todistusteorian vallitessa. Vapaassa todistusteoriassa on enemmänkin kyse siitä, millaisen epävarmuuden ”riittäväksi katsottava näyttö” sallii.⁸¹ Riita-asiassa sovellettava näyttökynnys ilmaisee nykyisin vaatimuksen eräänlaisesta järkevästä, kohtuullisesta näyttöenemmyydestä vaatien kuitenkin vahvempaa näyttöä kuin ”todennäköiset syyt”, jonka osalta niukasti yli 50 %:n todennäköisyys on katsottu riittäväksi.⁸²

2.3.3.1 Näyttömahdollisuudet ja aineellisen oikeuden tarpeet

Halila ja Tirkkonen ovat normatiiviteorian hengessä esittäneet *asianosaisen näyttömahdollisuuksiin ja aineellisen oikeuden tarpeisiin* perustuvaa todistustaakan jakoteoriaa, joka suuntautuu korostuneemmin siihen, kummalla osapuolella on velvollisuus esittää näyttöä yksittäisessä tapauksessa.⁸³ Teoriassa näyttövelvollisuus asetetaan sille riitapuolelle, jolle on katsottava olevan helpompaa esittää selvitystä edukseen, verrattuna hänen vastapuolensa mahdollisuuksiin näytön esittämiseen. Esimerkkinä tällaisesta voidaan mainita tilanne, jossa vallitsee epäselvyys siitä, onko asianosainen ollut vilpittömässä vaiko vilpillisessä mielessä. Tällöin todistustaakan on katsottu olevan sillä, joka nojautuu vilpittömän mielen puuttumiseen, koska on ratkaisevasti helpompaa esittää näyttöä siitä, että henkilö tiesi tai hänen ainakin piti

⁸⁰ Ks. Lappalainen 2001, s. 343

⁸¹ Ks. Lappalainen 2001, s. 342; Lappalainen et al. 2018; ja Tirkkonen 1949, s. 25

⁸² OK 17:2.2:ssa ilmaistu ”uskottavan näytön” vaatimus vastaa oikeuskäytännössä riita-asioihin omaksuttua näyttökynnystä.

⁸³ Kolmantena todistustaakan jakokriteerinä Halila mainitsee *kokemusperäisen todennäköisyyden* (yleinen elämäkokemus), jonka mukaan todistustaakka on sillä osapuolella, jonka väittämä merkitsee poikkeamista elämän säännönmukaisuuksista, eli siitä, miten asiat yleensä ovat. Ks. Halila 1955, s. 113; Tirkkonen on yhtynyt Halilan esittämiin tutkimustuloksiin esittämällä samat todistustaakan jakokriteerit. Ks. Tirkkonen 1977, s. 126; Myös Lappalainen puoltaa ko. todistustaakan jakokriteereitä. Ks. Lappalainen 2001, s. 334.

tietää jostakin seikasta, kuin siitä, ettei hän ollut eikä hänen pitänytkään olla seikasta tietoinen.⁸⁴ Aineellisen oikeuden tarpeilla tarkoitetaan puolestaan todistustaakan asettamista siten, että se on sopusoinnussa materiaalisessa oikeudessa asetettujen tavoitteiden toteutumisen kanssa. Esimerkkinä voidaan käyttää luotonannon toimivuutta ja sujuvuutta, joka edellyttää, että velallisella on näyttövelvollisuus velan maksusta.⁸⁵ Nämä Halilan (ja Tirkkosen) perinteisiä todistustaakan jakosääntöjä⁸⁶ täydentävät näkökohdat ovat abstrakteja ja ne on kehitetty avuksi ratkomaan todistustaakan jaon vaikeimpia ongelmia ja mitään niistä ei tule asettaa a priori muiden edelle vaan niiden merkitys ja paino on arvioitava kussakin tyyppitapauksessa erikseen.⁸⁷

2.3.3.2 Klamin rationaalinen näyttökynnys

Klami tutkimusryhmineen on jalostanut Halilan ja Tirkkosen esittämiä todistustaakan jakokriteereitä (näyttömahdollisuudet, aineellisen oikeuden tarpeet, kokemusperäinen todennäköisyys) edelleen ja on lisännyt niihin ”väärästä päätöksestä aiheutuvan riskin sosiaalisen kantokyvyn”. Poiketen Halilan ja Tirkkosen esittämästä, Klamin *rationaaliseksi näyttökynnykseksi* kutsutussa teoriassa edellä mainitut kriteerit vaikuttavat todistustaakan jakautumisen ohella suoraan myös näyttökynnyksen korkeuteen, joka määritetään matemaattisesti kriteereiden suhteellisen painoarvon mukaan. Teorian mukaan, näyttökynnys tulisi määrittää niin, että *haitat* todistustaakasääntöön perustuvasta näyttöratkaisusta olisivat mahdollisimman vähäiset siinä tapauksessa, että ratkaisu on väärä. Teorian mukaan näyttökynnys on siis tapauskohtaisesti joustava ja sitä asetettaessa tulee kiinnittää huomiota samoihin näkökohtiin kuin todistustaakkaa jaettaessa. Tällöin esimerkiksi asianosaisen

⁸⁴ Yleisesti ottaenkin, jos toinen asianosainen nojautuu johonkin positiiviseen seikkaan ja hänen vastapuolen intressissä on väittää, ettei kyseistä seikkaa ole tapahtunut, johtaa näyttömahdollisuuskriteeri monesti sälyttämään todistustaakan positiiviseen seikkaan nojautuvalle asianosaiselle. Ks. Halila 1955, s. 159-160 ja 297; Saranpää 2010, s. 328

⁸⁵ Ks. Halila 1955, s. 159

⁸⁶ Saksassa 1800-luvulla kehitetyn tosiseikkojen kolmijakoon nojautuvan todistustaakkateorian mukaan, oikeussuhteeseen liittyvät relevantit tosiseikat voidaan jakaa 1) oikeutta perustaviin 2) oikeuden syntymistä ehkäiseviin ja 3) oikeuden lakkauttaviin tosiseikkoihin. Oikeussuhteen olemassaoloon nojautuvalla osapuolella on todistustaakka oikeutta perustavista tosiseikoista, kun taas vastapuolen velvollisuutena on näyttää toteen oikeuden syntymistä ehkäisevät ja oikeuden kumoavat tosiseikat. Ks. Saranpää 2010, s. 324-325

⁸⁷ Ks. Halila 1955, s. 307; ja Ks. Tirkkonen 1977, s. 126

mahdollisuudet hankkia näyttöä vaikuttavat niin todistustaakan jakoon, kuin näyttökynnyksen korkeuteen sen osapuolen eduksi, jolle sen on katsottava olevan vaikeampaa.⁸⁸

Klamin teoriaa vastaan esitetty keskeisin kritiikki liittyy sen matemaattiseen luonteeseen, jolloin ajaututaan samoihin ongelmiin kuin perinteisten todennäköisyysmallien kanssa: käytännön ratkaisutoimintaa ei voida matematisoida.⁸⁹ Vakavaksi ongelmaksi muodostuu myös niiden normien määrittäminen, joiden perusteella väärän ratkaisun haittoja osapuolille voidaan arvottaa.⁹⁰ Sosiaalisilla näkökohdilla ylipäänsä on katsottu olevan vähäinen merkitys päätettäessä varallisuus oikeudellisten juttujen näyttökynnyksestä, sillä tuomioistuinten tehtävänä ei ole varallisuuden yhteiskunnallinen uusjako.⁹¹ Heumanin mukaan, näyttökynnyksen alentaminen sosiaalisten näkökohtien, kuten kannevaatimuksen suuruuden perusteella, ei tule kyseeseen, sillä riita-asioissa aineellisesti väärä tuomio on yhtä vahingollinen molempien asianosaisten kannalta.⁹² Samansuuntaista kritiikkiä voidaan kohdistaa myöhemmin käsiteltävään Norrgårdin ns. keinulautamalliin, jossa näyttökynnyksen asettaminen turvaamistoimiasiassa perustuu olennaisesti samanlaiseen osapuolille ratkaisusta aiheutuvien haittojen keskinäiseen vertailuun.

2.3.3.3 Näyttöenemmyysperiaate – puolesta ja vastaan

Teorioita, joissa todistustaakan jako ja näyttökynnys määrittyvät sosiaalisten näkökohtien mukaan⁹³, on arvosteltu siitä, että ne liiaksi hylkäävät yksittäisessä oikeudenkäynnissä tärkeän totuuspyrkimyksen yleisten ”makrotason” päämäärien hyväksi. Kiinteiden todistustaakkasääntöjen on katsottu myös asettavan osapuolet eriarvoiseen asemaan eivätkä ne palvele optimaalisesti totuuden selvittämispyrkimyksiä.⁹⁴ Eckhoffin ja Boldingin 1940-luvulla kehittämässä ylipaino- eli näyttöenemmyysperiaatteessa, todistustaakkaa ei aseteta ex ante kummallekaan osapuolelle vaan tuomioistuin tekee näyttöratkaisunsa sen mukaan, kumpi

⁸⁸ Ks. Klami 2000, s. 81; Saranpää 2010, s. 207-208; Lappalainen 2001, s. 345

⁸⁹ Ks. Saranpää 2010, s. 208

⁹⁰ Ks. Diesen 2002, s. 18

⁹¹ Ks. Saranpää 2010, s. 209; Heuman 2005, s. 461;

⁹² Ks. Heuman 2005, s. 58-59

⁹³ Kuten todistusarvometodin käsittelyn yhteydessä sivuttu Ekelöfin ja Olivecronan ohjausteoriaan pohjautuva sanktiomekanismiajattelu ja Klamin rationaalinen näyttökynnys. Ks. Lappalainen 2001, s. 329

⁹⁴ Ks. Lappalainen 2001, s. 329-330

asiassa esitetty vaihtoehto on todistusharkinnan valossa todennäköisempi.⁹⁵ Tällöin pienikin ajateltavissa oleva näyttöenemmyys riittää ratkaisemaan näyttökysymyksen sen osapuolen hyväksi, joka on esittänyt vahvempaa näyttöä oman vaihtoehdonsa puolesta.⁹⁶ Näyttöenemmyysperiaatteen on katsottu minimoivan väriiden näyttöratkaisujen riskin, kun tuomioistuimien päätty asianosaisten vetoamislausemien ja esitetyn todistusaineiston rajoissa todennäköisempänä pitämäänsä vaihtoehtoon. Tämän on katsottu olevan linjassa siviiliprosessin luonteen kanssa, jossa vastakkain ovat lähtökohtaisesti kaksi samanarvoista intressiä ja väärä kanteen hyväksyvä tuomio on periaatteessa yhtä vahingollinen molemmille osapuolille.⁹⁷ Suomessa Saranpää on ehdottanut, että riita-asian normaalinäyttökynnyksenä tulisi lähtökohtaisesti soveltaa näyttöenemmyysperiaatetta.⁹⁸

Näyttöenemmyysperiaatetta on vastustettu etenkin sen vuoksi, että sen on katsottu merkitsevän todistustaakkanormeista luopumista, joita pidetään tärkeinä prosessiekonomian, oikeusturvan ja ratkaisujen ennakoitavuuden vuoksi. Näyttöenemmyysperiaatteen vastustajiin Suomessa lukeutuvat ainakin Halila ja Tirkkonen.⁹⁹ Lappalainen suhtautuu näyttöenemmyysperiaatteeseen myös torjuvasti, mutta toteaa yhtenevästi Saranpään kanssa, että näyttöenemmyysperiaate ei tarkoita luopumista todistustaakkanormeista kokonaan, vaan ne tulevat käytettäväksi sellaisessa suhteellisen harvinaisessa tilanteessa, jossa todistusharkinnassa ei synny näyttöenemmyyttä suuntaan eikä toiseen. Tällöin todistustaakkanormeilla ratkaistaan kysymys siitä, kumpaa osapuolta rasittaa tällainen ”minimaalinen” todistustaakka ja asian näyttämättä jäämisen riski.¹⁰⁰ Lappalaisen mukaan, näyttöenemmyysperiaatetta on kuitenkin vaikea sovittaa yhteen OK 17:1.1:n yleissäännöksen ja niiden erityissäännösten kanssa, jotka asettavat toiselle oikeussuhteen osapuolelle näyttövelvollisuuden.¹⁰¹ Lappalaisen mukaan on myös vaikea perustella käsitystä, jonka mukaan todistustaakan osalta sääntelemättömässä tilanteessa tulisi yhtäkkiä luopua jommallekummalle osapuolelle lankeavasta todistustaakasta

⁹⁵ Näyttöenemmyysperiaatteella on siis ilmeisiä yhtymäkohtia aiemmin käsiteltyyn todistusteemametodiin, jossa on myös kysymys ns. prosessuaalisen totuuden etsimisestä.

⁹⁶ Ks. Lappalainen 2001, s. 330

⁹⁷ Ks. Lappalainen 2001, s. 330; Saranpää 2010, s. 227

⁹⁸ Saranpää 2010, s. 227 ja 260

⁹⁹ Ks. Halila 1955, s. 62; Tirkkonen 1977, s. 117

¹⁰⁰ Ks. Lappalainen 2001, s. 330; Saranpää 2010, s. 242

¹⁰¹ Salmialan mukaan kansalaisten oikeusturva edellyttää, että oikeussuojan oikeusperiaatteista säädetään laissa vaikka ne olisivatkin vain pääperiaatteen ilmaisevia, kuten OK 17:1.1:n yleissäännös todistustaakan soveltamisesta. Ks. Salmiala – Kivimäki 1956, s. 280

ja ratkaista näyttökysymys puhtaasti sen mukaan, kumman asianosaisen puolesta on esitetty luotettavampaa selvitystä.¹⁰² Vaikka näyttöenemmyysperiaatetta ei olekaan hyväksytty suomalaisessa oikeuskäytännössä lähtökohdaksi, siviilijuttujen näyttöratkaisuisaan tuomioistuimet liikkuvat varsin usein lähellä ylipainoperiaatetta, jolloin jonkinlainen ”järkevä näyttöenemmyys” riittää todistustaakasta selviytymiseen.¹⁰³

Norrgård on ehdottanut näyttöenemmyysperiaatteen soveltamista turvaamistoimiasioihin, siitä huolimatta, että OK 7:3:ssa näyttötaakka on lain sanamuodon mukaisesti hakijalla. Norrgårdin mukaan, näyttöenemmyysperiaatetta vastaan esitetty kritiikki on koskenut sen soveltumista pääasiaprosessissa käsiteltäviin riita-asioihin, jotka eroavat summaarisista turvaamistoimiasioista prosessin päämäärien osalta merkittävästi. Pääasiaprosessin tarkoituksena on Norrgårdin mukaan aineellisen totuuden tavoittelu prosessiekonomian, kuten joutuisuuden, kustannuksella. Turvaamistoimiasioissa, sen sijaan, tilanne on päinvastainen prosessiekonomisten näkökohtien korostuessa aineellisen totuuden tavoittelun ja ratkaisujen ennustettavuuden kustannuksella. Tätä lainsäätäjän tarkoitusta indikoi Norrgårdin mukaan muun muassa OK 7:3.2:n mukainen intressivertailu hakijan ja vastapuolen välillä ennen turvaamistoimenpiteen myöntämistä. Se osoittaa, että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut korostaa yksittäistapauksellista kohtuullisuutta turvaamistoimen myöntämisessä ennustettavuuden kustannuksella, sillä turvaamistoimenpiteen vaikutuksia on mahdotonta arvioida ennen konkreettista riitaa. Norrgård kysyy, miksi todistustaakan omaava hakija joutuisi kantamaan vastapuolta suuremman riskin tilanteessa, jossa oikeustositseikan olemassaolo jää epäselväksi? Oikeudenmukaisempi ja tasapuolisempi lähtökohta olisi osapuolten välisen riskin jakaminen tasan näyttöenemmyysperiaatteen mukaisesti.¹⁰⁴

On totta, että jo lain esitöidenkin mukaan turvaamistoimiasian käsittelyssä korostuvat kiireellisyydestä johtuva summaarisuus ja näyttökysymyksen suppeatutkintaisuus, jonka lisäksi turvaamistoimi tulee voida myöntää olennaisesti alemman näyttökynnyksen perusteella

¹⁰² Lappalainen 2001, s. 332

¹⁰³ Lappalaisen mukaan on olemassa poikkeustilanteita, jotka saattavat edellyttää ylipainoperiaatteen ”puhdasta” soveltamista. Tällaisina hän mainitsee lapsen huoltajuutta koskevat riita-asiat, joissa ratkaisua ei voida perustaa kiinteään todistustaakkasääntöön vaan tuomioistuin joutuu tekemään ratkaisunsa niiden lapsen edun kannalta relevanttien oikeustositseikkojen pohjalta, joiden hyväksi vallitsee ”näyttöenemmyys”. Ks. Lappalainen 2001, s. 333

¹⁰⁴ Ks. Norrgård 2002, s. 221-222

täystutkintaisiin riita-asioihin nähden, jopa vastapuolta kuulematta.¹⁰⁵ Turvaamistoimen hakijaa suosivien piirteiden vastapainoksi OK 7 luvussa on huolehdittu vastapuolta kompensoivista oikeusturvatakeista. Näitä ovat hakijan velvollisuus saattaa ripeästi oikeutta koskeva pääasia vireille, hakijavakuuden asettaminen aiheettomaksi osoittautuneen turvaamistoimen varalta, turvaamistoimen peruutettavuus ja hakijan ankara (tuottamuksesta riippumaton) vahingonkorvausvastuu turvaamistoimenpiteen aiheuttamista vahingoista.¹⁰⁶ Edellä mainitusta voidaan nähdä, että lähtökohdaksi turvaamistoimiasian ratkaisussa on jo valmiiksi otettu hakijan oikeussuojan toteuttaminen, jonka edellytyksenä on, että hakija saattaa oikeutensa todennäköiseksi. Mikäli hakijalla näyttöenemmyysperiaatteen mukaisesti ja lain sanamuodon vastaisesti ei olisi todistustaakkaa oikeudestaan, vaan sen kohtalo ratkeaisi täysin minimaalisen asiassa esitetyn todistusaineiston pohjalta, turvaamistoimiprosessi täystutkintaisen riita-asian korvikkeena kävisi jo liian houkuttelevaksi.

Turvaamistoimiprosessia voidaan pitää houkuttelevana vaihtoehtona pääasiaprosessille, sillä se on nopea, halpa ja voi summaarisenakin prosessina johtaa käytännössä samaan mitä hakija vaatisi itse pääasiaprosessissa. Turvaamistoimen tarkoituksena on tilapäisesti turvata hakijan oikeuden toteutuminen ennakkoon ennen pääasian oikeudenkäyntiä, mutta tunnettua on, että sitä voidaan väärinkäyttää myös vastapuolen painostustarkoituksessa tai silloin kun hakijan oikeus on jossain määrin kyseenalainen, siten ettei sillä olisi menestymismahdollisuuksia pääasiaprosessissa.¹⁰⁷ Puhtaan näyttöenemmyysperiaatteen omaksuminen turvaamistoimiasioihin johtaisi lisäksi ratkaisujen ennakoitavuuden (oikeusvarmuuden) heikentymiseen ja tilanteeseen, jossa osapuolille ja tuomioistuimelle olisi epäselvää mistä asioista on esitettävä näyttöä ja kenen velvollisuus se on.¹⁰⁸ Näyttöenemmyysperiaatteen soveltaminen johtaisi myös todistusaineiston laajuuden supistumiseen entisestään, jonka on näyttöenemmyysperiaatteen vastustajien näkemyksen mukaan katsottu johtavan aineellisesti oikeiden tuomioiden sijasta asian ratkaisemiseen heikoimman mahdollisen näytön perusteella.¹⁰⁹ Prosessin summaarisuudesta huolimatta, tämän ei voida katsoa olevan toivottavaa, sillä turvaamistoimivaiheessa tehdyllä ratkaisulla voi olla vaikutusta myös

¹⁰⁵ Ks. HE 179/1990; ja Havansi 1993, s. 7

¹⁰⁶ Ks. Havansi 1993, s. 7-8

¹⁰⁷ Ks. Savola DL 2001, s. 460

¹⁰⁸ Ks. Saranpää 2010, s. 267 ja 269-270

¹⁰⁹ Ks. Boman 1988, s. 415

osapuolten haluun selvittää asia täystutkintaisessa menettelyssä sen jälkeen kun turvaamistoimiasian lopputulos on tiedossa.¹¹⁰ Norrgårdin tulkinta turvaamistoimenpiteen myöntämisedellytyksistä lähes puhtaana kohtuullisuusharkintana on uskalias, eikä saa tukea lain sanamuodosta eikä sen paremmin esitöistäkään. En siis yhdy Norrgårdin esittämään kantaan siitä, että osapuolet tulisi asettaa näyttöenemmysperiaatteen mukaisesti täysin samanarvoiseen asemaan näyttöratkaisua tehdessä. Ratkaisutoiminnan tulee olla jossain määrin ennustettavaa summaarisissakin asioissa ja tuomioistuimen täytyy voida kontrolloida tarvittaessa oikeussuojan myöntämistä näyttökynnyksellä, joka osoittaa hakijan oikeudelta vaadittavan todennäköisyyden asteen (mm. väärinkäytösten estämiseksi).

Samoilla linjoilla sen sijaan olen Norrgårdin kanssa siitä, että liian korkean näyttökynnyksen soveltaminen turvaamistoimiasioihin tarkoittaisi immateriaalioikeuksiin luontaisesti kuuluvan kielto-oikeuden korvautumista jälkikäteisellä oikeudella korvaukseen jo tapahtuneesta loukkauksesta. Kuten myöhemmin tarkemmin selvitetään, tämä on ollut ongelma erityisesti muissa kuin selkeissä tapauksissa, joissa loukkauksen todennäköisyys on vaikeasti osoitettavissa tai turvaamistoimen myöntäminen johtaisi samaan lopputulokseen mitä pääasiassa vaaditaan (ns. etukäteisnautinta).¹¹¹ Näissä tilanteissa KKO on jäljempänä käsiteltävän oikeuskäytännön mukaisesti päättänyt korottamaan vaadittua näyttökynnystä, jonka voidaan katsoa olevan keino minimoida vastapuolelle aiheutuvia vahinkoja.¹¹²

Etukäteisnautinnasta johtuva korotettu näyttökynnys on kuitenkin monella tapaa ristiriitainen turvaamistoimiprosessin tavoitteisiin nähden ja pätevästi kyseenalaistettavissa, sillä se usein johtaa hakijan kannalta ylitsepääsemättömiin näyttövaikeuksiin ja ennakollisen oikeussuojan eväämiseen. On myös kyseenalaista, mitkä ovat tuomioistuimen mahdollisuudet summaarisessa prosessissa ottaa kantaa siihen, mikä vaikutus turvaamistoimiasiasiassa annettavalla ratkaisulla olisi suhteessa pääasiaprosessiin. Turvaamistoimiasian ratkaisussa tulisi nimittäin pyrkiä pitäytymään vain turvaamistoimen edellytyksissä, ottamatta pääasiaan kantaa enempää kuin

¹¹⁰ Tällöin vastapuoli voi tulla painostetuksi sovintoon turvaamistoimen avulla. Prosessiekonomian kannalta turvaamistoimen sovintoa edistävää funktiota voidaan kuitenkin pitää hyvänä asiana tilanteissa, joissa hakijalla on aito oikeussuojan tarve. Ks. sillensä jäänyt väliaikaista turvaamistoimea koskenut ratkaisu MAO 870/14 (Saga Furs Oyj v. Oy Furjak Ab); ja Westberg 2007, s. 547–552; ja Saranpää 2010, s. 271

¹¹¹ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1067

¹¹² Vastapuolelle aiheutuvan haitan riski on katsottu olevan sitä merkittävämpi, mitä täydellisemmin turvaamistoimi päästäisi hakijan etukäteisnautintaan. Ks. Hupli et al. 2018; ja Norrgård 2004, s. 1068

turvaamisasian ratkaisemiselle on tarpeen¹¹³, jonka lisäksi turvaamistoimipäätöksellä ei ole sitovaa vaikutusta suuntaan eikä toiseen pääasiaprosessissa.¹¹⁴ Näkemykseni mukaan, tehokkuusperiaate ja turvaamistoimien oikeussuojafunktio edellyttävät, että väliaikaista suojaa on mahdollista saada myös ns. kiperissä tapauksissa, ilman, että hakijan hakemus tulee hylätyksi kokonaan esimerkiksi etukäteisnautinnan perusteella. Suojan toteuttaminen ei näkemykseni mukaan edellytä luopumista hakijan todistustaakasta, joka ilman näyttöenenmyysperiaatteen soveltamistakin tulisi olla minimaalinen ja kaukana pääasiassa sovellettavasta näyttökynnyksestä.

¹¹³ Näin KKO argumentoi takavarikkoa koskeneessa turvaamistoimiratkaisussaan 1994:133.

¹¹⁴ Turvaamistoimipäätöksen johtaminen etukäteisnautintaan voi käytännössä kuitenkin tarkoittaa sitä, että hakijalla ei enää olisi reaalista tarvetta sanotun lakisääteisen pääasiaprosessin käymiselle.. Ks. Hupli, et al. 2018

3. Turvaamistoimiprosessista yleisesti

3.1 Turvaamistoimien ratio ja oikeutus

Turvaamistoimiprosessissa on kyse siviiliprosessin summaarisesta erityislajista, joka tähtää ennakkoturvaavan oikeussuojan antamiseen hakijalle ja estää hakijan oikeussuojaa muuttumasta vain reparaatiiviseksi.¹¹⁵ Olennaista turvaamistoimille on hakijan oikeuden reaalisien arvon ja merkityksen säilyttäminen siten, että *oikeuden reaalin toteutuvuus* voidaan turvata myöhemmässä pääasiaprosessissa.¹¹⁶ Myönteinen turvaamistoimipäätös, jolla tilanne ”jäädytetään” voi antaa hakijalle myös aikaa kehittää rauhassa pääasian kannetta vastapuolta vastaan, ilman pelkoa haitanvaarasta prosessin kohteena olevalle oikeudelle.¹¹⁷ Turvaamistoimen avulla velkoja tai esimerkiksi immateriaalioikeuden haltija (turvaamistoimen hakija) pystyy väliaikaisesti suojautumaan vastapuolen mahdollisia, hakijan oikeutta vaarantavia toimia vastaan.¹¹⁸ Koska tuomion hankkiminen vie aikansa selvissäkin saati riitaisissa jutuissa, voi aikanaan syntyvä voittoisakin ratkaisu käydä reaalisesti arvottomaksi, jos tuleva tappiopuoli voisi tällä välin hukata tai hävittää riitakohteen tai vahingoittaa sitä tai sen arvoa.¹¹⁹ Nopeat, tehokkaat ja tarvittaessa yllätykselliset turvaamistoimenpiteet kilpailijan loukkaavan toiminnan estämiseksi on katsottu olevan tärkeitä erityisesti immateriaalioikeuksien haltijoiden kannalta.¹²⁰

Vaikutuksiltaan turvaamistoimet voidaan jakaa tuomion tapaisiin ja muihin ennakkollisiin määräyksiin. Tuomion tapaiset turvaamistoimet merkitsevät usein ”väliaikaista tuomiota”. Ne ovat muutoin materiaalisesti samantyyppisiä tai lähes vastaavia kuin pääasiassa annettava (lopullinen) tuomio, mutta ovat vain väliaikaisesti voimassa ja korvautuvat aikanaan pääasiassa annettavalla tuomiolla. Toisin sanoen vastaajalle asetetaan tietyn tyyppinen, pääasiaa vastaava, velvoite jo ennakkollisessa prosessissa. OK 7:3:n yleisen turvaamistoimen nojalla annettava väliaikainen kieltä tai muu toimenpide on esimerkki tästä. Muihin ennakkollisiin turvaamistoihin kuuluvat turvaamistoimet, joilla tilanne ainoastaan ”jäädytetään”. OK 7:1:n

¹¹⁵ Ks. esimerkiksi Hupli et al. 2018; Koulumäki 1999, s. 416; Kemppinen 2004, s. 119

¹¹⁶ Havansel 1993, s. 7; ja HE 179/1990, s. 4

¹¹⁷ Ks. Ekelöf – Edelstam 2006, s. 12; ja Hupli et al. 2018

¹¹⁸ Leppänen LM 2008, s. 1106

¹¹⁹ Ks. Hupli, et al. 2018

¹²⁰ Leppänen LM 2008: s. 1106

saamistakavarikko kuuluu edellä mainittuun ryhmään, sillä siinä vastaajalle ei aseteta samantyyppistä velvoitetta kuin pääasiassa, vaan se merkitsee ainoastaan ulosottomiehen toimesta tapahtuvaa omaisuuden erottamista ja haltuun ottoa vastaajan määräysvallasta hakijan saatavan perimiseksi pääasian oikeudenkäynnissä.¹²¹ Järjestelmän tasolla voidaan ajatella, että OK 7:3:n mukainen yleinen turvaamistoimenpide aiheuttaa vastaajalle suurempaa haittaa verrattuna OK 7:1:n turvaamistoimeen, sillä sitä käytettäessä pääasiaa vastaava tuomio on periaatteessa mahdollinen jo summaarisessa turvaamistoimiprosessissa.¹²²

3.2 Tehokkuusperiaatteen merkityksestä turvaamistoimiasioissa

Suomea ja Euroopan unionia velvoittavaan Teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista annettuun sopimukseen (SopS 5/1995), eli TRIPS-sopimukseen¹²³, sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/48/EY teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta (ns. täytäntöönpanodirektiivi) sisältyy ns. tehokkuusperiaate, joka edellyttää että oikeudenhaltijoilla on käytettävissään tehokkaita oikeussuojakeinoja. TRIPS-sopimuksen 41 artiklan 1 kohta velvoittaa jäsenvaltiota säätämään tehokkaista oikeussuojakeinoista sopimuksen soveltamisalaan kuuluvien immateriaalioikeuksien loukkausten torjumiseksi ja vastaisten loukkausten ehkäisemiseksi.¹²⁴ TRIPS-sopimuksen 50 artiklan 1 kohdan mukaan viranomaisilla tulee olla oikeus määrätä nopeista ja tehokkaista turvaamistoimenpiteistä. Täytäntöönpanodirektiivin turvaamistoimenpiteitä koskevan 9 artiklan 1 a) kohdan mukaan, jäsenvaltioiden on varmistettava, että viranomainen voi hakijan pyynnöstä määrätä oikeudenloukkaajaa vastaan väliaikaisen kiellon, jonka tarkoituksena on estää oikeudenloukkauksen jatkaminen. 3 artiklan 2 kohdan yleisen velvoitteen mukaan, direktiivissä mainittujen toimenpiteiden, menettelyjen ja oikeussuojakeinojen on oltava tehokkaita, oikeasuhtaisia ja varoittavia.

¹²¹ Linna Oikeus 2012, s. 347-348

¹²² Ks. Etukäteisnautinnasta Hupli et. al 2018

¹²³ TRIPS-sopimus tuli Suomen osalta voimaan 1.1.1996 ja se on saatettu voimaan blankettilailla (Laki Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten eräiden määräysten hyväksymisestä 16/1995).

¹²⁴ 2 kohta sisältää tasapainottavan elementin, jonka mukaan menettely tulee olla oikeudenmukainen ja tasapuolinen. Se ei saa olla liian monimutkainen tai kallis eikä sille saa asettaa kohtuuttomia määräaikoja tai aiheuttomia viiveitä. Vastaava säännös sisältyy täytäntöönpanodirektiivin 3 artiklan 1 kohtaan.

TRIPS-sopimuksen kansallisen voimaansaattamisen yhteydessä on todettu, että Suomen lainsäädäntö täyttää pitkälti sopimuksen vaatimukset.¹²⁵ Täytäntöönpanodirektiiviä implementoitaessa todettiin, niin ikään, että Suomen lainsäädäntö täyttää direktiivin vaatimukset ja 9 artiklan edellytysten toteutuminen voidaan pääosin varmistaa oikeudenkäymiskaaren 7:3:n nojalla. Turvaamistoimien myöntämisen edellytyksenä olevan todennäköisyysnäyttövaatimuksen katsottiin vastaavan myös direktiivin vaatimuksia.¹²⁶

Institutionaalista tukea tehokkuusperiaate saa EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka on useissa ratkaisuissaan katsonut, että TRIPS-sopimuksella on tulkintavaikutus sovellettaessa yhteisöoikeudellisia sekä kansallisia säännöksiä.¹²⁷ Esimerkiksi ratkaisussa C-53/96 *Hermès International v. FHT Marketing Choice EUT* katsoi, että kansallisia menettelysääntöjä on mahdollisuuksien mukaan tulkittava TRIPS-sopimuksen 50 artiklan sanamuodon ja tarkoituksen valossa.¹²⁸ TRIPS-sopimuksen tulkintavaikutuksen ja sen aseman vuoksi laintasoisesti velvoittavana säädöksenä, sillä onkin nähty olevan merkitystä arvioitaessa turvaamistoimen myöntämisedellytyksiä.¹²⁹

TRIPS-sopimuksen velvoittavuutta on verrattu myös blankettilailla Suomessa voimaan saatettuun Euroopan ihmisoikeussopimukseen (SopS 18-19/1990), joka on kiistatta valtiosisäisesti velvoittavaa oikeutta.¹³⁰ EIS 13 artiklan mukaan, jokaisella, jonka ”tässä yleissopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä.” Havansi on katsonut, että kyseinen vaatimus voi rajatapauksissa kallistaa vaakaa turvaamistoimen hakijan hyväksi, jos

¹²⁵ HE 296/1994, s. 102; Norrgård on myös todennut, että Suomen oikeusjärjestelmä oikeudenkäyntimenettelyineen täyttää TRIPS-sopimuksen artiklan 41 2 kohdan vaatimuksen oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä. Ks. Norrgård 2002, s. 48

¹²⁶ Ks. HE 26/2006, s. 9-11 ja 24. Tämä näkemys on kuitenkin kyseenalaistettu etenkin Norrgårdin toimesta, jonka mukaan tehokkuusperiaatteen läpilyöntivoiman takaamiseksi olisi ensiarvoisen tärkeää olla tulkitsematta turvaamistoimien myöntämiskynnystä liian korkeaksi. Ks. Norrgård 2004, s. 1074

¹²⁷ Ks. esim. T-52/99 *T. Port v. Komissio* kohdat 49-51 ja T-30/99 *Bocchi Food Trade International v. Komissio* kohdat 54-55

¹²⁸ Ks. ko. ratkaisun kohta 28.

¹²⁹ Ks. kirjallisuudesta eritoten Norrgård 2004, s. 1074-1075; Norrgård 2002, 183-186. Oikeuskäytännössä TRIPS-sopimuksen edellyttämä tehokkuusperiaate on ollut esillä KKO 2003:118, KKO 2019:10, KKO 2019:34 ratkaisujen lisäksi ainakin ratkaisussa MAO 821/15.

¹³⁰ Ks. Norrgård 2004, s. 1074; Havansi 1994, s. 10

turvaamistoimelle ominainen nopea tilapäinen väliintulo on tarpeen säilyttämään hakijan oikeuden reaalin toteutuvuus.¹³¹

3.3 Turvaamistoimiprosessi summaarisena menettelynä

Hakijan ennakkollisen oikeussuojan toteuttamisen lisäksi tärkeimpinä turvaamistoimiin liittyvinä prosessuaalisina elementteinä voidaan pitää jo aiemmin alustettua normaalinäyttökynnystä *olennaisesti alempaa näyttökynnystä* sekä *kiireellisyyttä*: turvaamistomiasiat tulee käsitellä ”näyttöön takertumatta” ja kiireellisesti, tilanteen vaatiessa jopa erittäin kiireellisesti, silloin kuin hakijan oikeuden turvaaminen vaatii turvaamistoimenpiteen myöntämistä vastapuolta kuulematta (väliaikainen turvaamistoimi).¹³² Turvaamistoimea koskeva oikeudenkäynti muistuttaakin monia hakemusasasioita, joissa myös on kyse siitä, täytyvätkö tietyt hakemuksen hyväksymiselle säädetyt edellytykset. Kysymys ei siten ole vielä osapuolten välisen riidan lopullisesta ratkaisemisesta, eli sen selvittämisestä kumpi osapuoli on materiaalisesti oikeassa ja ansaitsee lopullista oikeussuojaa. Turvaamistoimiprosessin summaarisuutta verrattuna normaaliprosessiin kuvastaa sitä koskevat kolme erityissäännöstä: 1) turvaamistomihakemus on käsiteltävä kiireellisesti (OK 7:5.1), 2) kuulemista ei tarvitse toimittaa, jos turvaamistoimen tarkoitus saattaa muuten vaarantua, jolloin turvaamistoimi määrätään ensin väliaikaisena (OK 7:5.2) ja 3) tuomioistuin on toimivaltainen käsittelemään asian yksijäsenisenä, kun se käsitellään erillisenä pääasiasta (LOM 3:16.1:n 4 kohta ja OK 2:5).¹³³ Vaikka vastapuolen kuuleminen onkin pääsääntö, ainakin saamistakavarikoiden (OK 7:1) kohdalla turvaamistoimet tulevat ensi vaiheessa myönnettyksi lähes aina ex-parte, sillä on vaikea kuvitella tilannetta, jossa turvaamistoimen tarkoitus voisi olla vaarantumatta samalla kun käsillä on varojen hukkaamisriski.¹³⁴

¹³¹ Havansin mukaan, tehokkaasta oikeussuojakeinosta ei voida puhua, jos oikeussuojajärjestelmä ei ole kyllin nopea reagoimaan reaalisin vaikutuksin vastapuolen taholta välittömästi uhkaavaan omaisuuden hukkaamisvaaraan tai muuhun vastaavaan vaaratekijään (justice delayed, justice denied). Ks. Havansi 1994, s. 10

¹³² Ks. Havansi 1993, s. 7; Sama pätee myös EUT:n myöntämissä turvaamistoimissa: ks. EUT:n varapresidentin määräys asiassa C-426/13 (Komissio vs. Saksan liittotasavalta), kohta 41, jossa todetaan muun ohessa ”koska välitoimimenettelyn tavoitteena on taata tulevan lopullisen päätöksen täysi tehokkuus, jotta vältettäisiin aukko unionin tuomioistuimen takaamassa oikeussuojassa, välitoimista päättävän tuomarin on arvioitava vain ”ensi näkemältä” pääasiassa esitettyjen perustelujen riittävyttä sen toteutukseksi, onko kanteen menestymiselle riittävän suuri todennäköisyys.

¹³³ Linna Oikeus 2012, s. 340-341

¹³⁴ Linna Oikeus 2012: s. 341

3.4 Prosessuaaliset ja materiaaliset oikeusturvan takeet

Prosessiin luontaisesti kuuluvan kiireellisen käsittelyn ja yhden tuomarin kokoonpanon ei ole katsottu aiheuttavan ongelmia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen kannalta. Mahdollisia oikeusturvapulmia sen sijaan nostattaa mahdollisuus antaa väliaikainen turvaamistoimipäätös vastapuolta kuulematta ja tiedottamatta, joka on selkeästi vastoin equality of arms -periaatetta.¹³⁵ Turvaamistoimen tehokkuutta ja mahdollisuutta saada turvaamistoimi vastapuolta kuulemattakin kompensoidaan ns. prosessuaalisilla ja materiaalisilla oikeusturvan takeilla. Turvaamistoimiprosessi on siten tasapainon tavoittelua hakijan intressissä olevan tehokkuuden ja vastapuolen oikeusturvan välillä. On nimittäin tunnustettua, että OK 7:3:n lavea muotoilu jättää ainakin periaatteellisen mahdollisuuden oikeuskeinon väärinkäyttöön, jota pyritään kontrolloimaan vastapuolen oikeusturvan takeilla niin hyvin kuin se summaarisessa prosessissa on mahdollista.¹³⁶

Prosessuaaliset oikeusturvan takeet eivät tuota ongelmia silloin kun kyseessä on ”varsinaisen” turvaamistoimen myöntäminen, joka on voimassa pääasian oikeudenkäynnin ajan ja tuomioistuimen myöntämän lisääjän (OK 7:9). Tällöinhän on siirrytty varsinaiseen oikeudenkäynnin vaiheeseen ja vastapuolen kuulemisvelvoite (OK 7:5.2) on taas voimassa.¹³⁷ Väliaikaisen turvaamistoimenpiteen kohdalla tilanne on toinen. Linnan mukaan hieman ongelmallisena voidaan pitää sitä, että oikeudenkäymiskaaresta puuttuvat säännökset siitä, miten ja milloin vastapuolta kuulematta ja tiedottamatta annettu väliaikainen turvaamistoimenpide tulee korvata varsinaisella turvaamistoimenpiteellä.¹³⁸ Tuomioistuimet huolehtivat tästä kuitenkin käytännössä määräämällä kuinka kauan väliaikainen turvaamistoimi on voimassa ja miten hakijan tulee edetä asiassa kohti varsinaista turvaamistoimea, jonka

¹³⁵ Tähän liittyen EIT on antanut tiettyjä suuntaviivoja tapauksessa Micallef v. Malta (5.10.2009) jossa EIT totesi, ettei automaattisena lähtökohtana voitu enää pitää sitä aiemmin vakiintunutta periaatetta, jonka mukaan väliaikaiset turvaamistoimet jäisivät EIS 6 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Linna on kuitenkin todennut, että suomalainen OK 7:1:n mukainen takavarikkoprosessi pääsääntöisesti läpäisee Micallef-tapauksen testin, jossa tulee ottaa huomioon toimen luonne, tavoite ja tarkoitus sekä vaikutukset asianomaisten oikeuksiin. Linnan näkemyksen mukaan linjausta voidaan tulkita siten, ettei kuuleminen väliaikaisen turvaamistoimen yhteydessä ole välttämätöntä, koska väliaikaisen turvaamistoimen edellytyksenä on korostettu asian kiireellisyys ja riski hakijan oikeuksien jäämisestä reaalisesti toteutumatta. Ks. Linna Oikeus 2012, s. 345, 351-352.

¹³⁶ Ks. Savola DL 2001, s. 460 ja 461

¹³⁷ Vaikka vastaajalle varataan tilaisuus tulla kuulluksi, varsinaisessa turvaamistoimioikeudenkäynnissä ei tutkita pääasian kysymystä (vastaajan oikeuden olemassaolo), vaan ainoastaan oikeuden todennäköisyys ja vaara-edellytys. Ks. Linna Oikeus 2012, s. 350-351, 354

¹³⁸ Ks. Linna Oikeus 2012, s. 350

jälkeen vastapuolella on ensi kertaa pääsy tuomioistuimeen ja muutoksenhakuoikeus turvaamistoimesta.¹³⁹

Menettelyyn liittyvien seikkojen ohella turvaamistoimiprosessin oikeudenmukaisuus pyritään takamaan materiaalisten oikeusturvan takeiden avulla, joita ovat hakijan korvaus- ja vakuudenasettamisvelvollisuus sekä niihin suhteutettuna turvaamistoimenpiteen myöntämiskynnys. Materiaaliset oikeusturvan takeet kompensoivat menettelyn summaarisuutta ja väliaikaisen turvaamistoimenpiteen yhteydessä sitä, että vastapuolta ei ole kuultu. Keskeisimpänä materiaalisena oikeusturvatekijänä on hakijan velvollisuus asettaa vakuus turvaamistoimen mahdollisesti aiheuttamien vahinkojen täysimääräiseksi korvaamiseksi (UK 8:2). OK 7:11:n mukaan hakijan, joka on tarpeettomasti hankkinut turvaamistoimen, on korvattava vastapuolelle turvaamistoimesta ja sen täytäntöönpanosta aiheutunut vahinko ja asiassa aiheutuneet kulut, mukaan luettuna oikeudenkäyntikulut. Korvausvelvollisuus aktualisoituu, mikäli hakija häviää pääasian oikeudenkäynnin, jolloin usein ex post osoittautuu, että turvaamistoimi oli tarpeeton. Hakijan korvausvastuu on ankaraa, eli tuottamuksesta riippumatonta, sisältäen kaiken turvaamistoimenpiteestä aiheutuneen vahingon mukaan lukien välilliset vahingot.¹⁴⁰ Nämä prosessiin sisäänrakennetut vastapuolta turvaavat elementit ovat omiaan vähentämään riskiä hakijan toimesta tapahtuvasta turvaamistoimenpiteen väärinkäytöstä.¹⁴¹

3.4.1 Vastapuolen oikeusturvan takeiden ja näyttökynnyksen suhteesta

Linna on katsonut, että hakijan korvaus- ja vakuudenasettamisvelvollisuus on kytkeytyneenä turvaamistoimenpiteen myöntämiskynnykseen ainakin OK 7:1:n saamistakavarikon kohdalla: mitä alhaisempi myöntämiskynnys on, sitä korkeammat vaatimukset tulee asettaa aiheetonta takavarikkoa koskevalle korvausjärjestelmälle.¹⁴² OK 7:3:n osalta asiaa on arvioinut samansuuntaisesti Savola, jonka mukaan hakijavakuudella, joka on laadultaan ja määrältään riittävä mahdollisesti tarpeettomaksi osoittautuneen turvaamistoimen korvaamiseksi, tulisi olla

¹³⁹ Tuomioistuimet huolehtivat siitä, ettei ex-parte –tila kestä käytännössä pitkään. Toisaalta tulee kiinnittää huomiota tehokkuuteen, siten että turvaamistoimen voimassaolo aika riittää esimerkiksi takavarikoitavan omaisuuden etsimiseen tai väliaikaisen kiellon täytäntöönpanemiseen. Ks. Linna Oikeus 2012, s 351

¹⁴⁰ Linna Oikeus 2012, s.353

¹⁴¹ Ks. Norrgård 2002, s. 49

¹⁴² Linna Oikeus 2012 s. 350

hakijan vaateen todennäköisyydeltä edellytettävää näyttökynnystä laskeva vaikutus tilanteessa, jossa turvaamistoimi johtaisi siihen, että hakija pääsisi nauttimaan väittämänsä oikeutta täysimääräisesti ennen pääasian oikeudenkäyntiä.¹⁴³ Tällainen ns. etukäteisnautinnan tilanne syntyy kun turvaamistoihimprosessissa ei ole voitu löytää sopivaa väliajan kompromissia ja hakijalle olisi väistämättä annettava sama kuin mitä hän pääasiaprosessissa vaatii.¹⁴⁴ Pääsääntö, jonka mukaan turvaamistoimella hakijalle annetaan toistaiseksi vähemmän kuin mihin päävaade oikeuttaa ei ole aina mahdollinen, varsinkaan immateriaalioikeudessa, jossa oikeuden tehokas turvaaminen on lähes poikkeuksetta mahdollista vain antamalla hakijalle saman kuin pääasiaprosessissa. Tämä johtuu siitä, että immateriaalioikeudet ovat luonnostaan kielto-oikeuksia, jolloin niiden tehokkaaksi suojaamiseksi ei ole mielekästä eikä edes mahdollista hakea muuta kuin kieltoa.¹⁴⁵

Savolankin mukaan vaateen laadulla voinee olla merkitystä arvioitaessa hakijan oikeudelta edellytettävää todennäköisyyttä: ”jos kyse on hakijan kannalta ”elintärkeästä” oikeudesta, jonka saamatta jäämisestä prosessin aikana aiheutuisi hänelle huomattavaa haittaa tai vahinkoa, etukäteisnautinta tulee kyseeseen oikeuden todennäköisyysnäytön osalta lievemmin edellytyksin.”¹⁴⁶ Näissä tilanteissa hakijan vaateen todennäköisyydeltä edellytettävää näyttökynnystä tulisi myös tulkita sitä lievemmin, mitä paremmin hakija voi kantaa riskin turvaamistoimen osoittautumisesta tarpeettomaksi ja siihen liittyvän ankaran vahingonkorvausvelvollisuuden.¹⁴⁷ Toisaalta on olemassa tapauksia, joissa kattavinkaan vakuus ei pysty korvaamaan virheellisestä turvaamistoimesta vastaajalle aiheutuneita vahinkoja, joita korostaa entisestään väliaikaismääräyksen ja pääasiassa annettavan ratkaisun välillä kuluva mahdollinen pitkäkin aika.¹⁴⁸ Tämän vuoksi arvioinnissa tulee olla merkitystä sillä, merkitsisikö virheellinen turvaamistoihim päätös (hakijan mahdollisesti hävitessä pääasian) sellaista *vastapuolen kannalta peruuttamatonta olosuhteiden muutosta*, joka ei olisi korjattavissa.¹⁴⁹

¹⁴³ Savola DL 2001, s.451

¹⁴⁴ Ks. Savola DL 2001, s. 451

¹⁴⁵ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1067

¹⁴⁶ Ks. Savola DL 2001, s. 451

¹⁴⁷ Ks. Savola DL 2001, s. 451

¹⁴⁸ Ks. EIT:n ratkaisu Micallef v. Malta (tuomio 15.10.2009)

¹⁴⁹ Ks. Savola DL 2001, s. 451

Kysymys oikeusturvasta ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista esiprosessuaalisessa menettelyssä on ollut EIT:n käsiteltävänä useassa tapauksessa. Ennen EIT:n virstanpylväsratkaisua Micallef v. Malta, vakiintuneena linjana pidettiin turvaamistoimiasioiden jäämistä pääsääntöisesti EIS 6 artiklan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan artiklan soveltamisalan ulkopuolelle, sillä turvaamistoimiasian ei katsottu merkitsevän yksityisen oikeuksia tai velvollisuuksia koskevan päätöksen tekoa.¹⁵⁰ Syystä, että turvaamistoimi voi aiheuttaa pitkäksi ajaksi saman vaikutuksen kuin pääasian ratkaisu, eikä vastaaja välttämättä saa koskaan riittävää korvausta, jos väliaikainen määräys on virheellinen, Micallef-ratkaisun myötä, EIS 6 artiklan soveltumattomuutta ennakkoturvaaviin toimiin ei voitu enää pitää automaattisena lähtökohtana. Arvioitaessa EIS 6 artiklan soveltuvuutta huomioon tulee ottaa *väliaikaistoimen luonne, tavoite ja tarkoitus sekä vaikutukset asianomaisten oikeuksiin*. EIS 6 artikla soveltuu lähtökohtaisesti aina, kun voidaan katsoa, että väliaikaistoimella on vaikutuksellisesti (”effectively”) päätetty yksityisistä oikeuksista tai velvollisuuksista. Kuitenkin, turvaamistoimen kiireellisyys ja yllätysmomentin säilyttäminen turvaamistoimen tehokkuuden takaamiseksi ovat syitä, joiden nojalla EIS 6 artiklan *kaikkia* edellytyksiä ei tarvitse *välittömästi* täyttää. Tällöin vastapuolta kuulematta annetulle väliaikaiselle turvaamistoimenpiteelle ei ole estettä.¹⁵¹

Micallef-ratkaisussa EIT tunnisti sen, että joissakin turvaamistoimiasioissa voi olla kyse yksityisen oikeuksia ja velvollisuuksia koskevasta päätöksenteosta (vaikkakaan ei lopullisesta), jonka lisäksi väliaikaiset määräykset voivat olla pitkäänkin voimassa pääasiasratkaisuun verrattavin vaikutuksin. Ratkaisussa enemmistö katsoi, että EIS 6 artikla soveltui, sillä tuomioistuimen määräyksellä oli annettu välittömästi täytäntöönpantavissa oleva päätös – vaikkakin vain väliaikaisesti – samasta riidanalaisesta oikeudesta, josta oli kysymys myös pääasian oikeudenkäynnissä. Linnan mukaan ratkaisusta, kuten EIT:n oikeuskäytännöstä muutenkin, on vaikea tehdä yleisiä linjauksia. Ratkaisun viesti on kuitenkin selvä: mitä tarkemmin turvaamistoimella päätetään vastapuolen oikeuksista ja velvollisuuksista ja mitä täydellisemmin hakija saa turvaamistoimella sen mitä pääasiassa vaatii, sitä enemmän

¹⁵⁰ Ks. Dick v. Yhdistynyt kuningaskunta (23.11.1997). Toisaalta EIS 6 artiklan soveltamista oli edellytetty silloin, kun väliaikaistoimen luonne oli sitä vaatinut. So. kun väliaikaistoimi on vaikutuksiltaan voimakas (”drastic”) tai faktisesti korvaa olennaisessa määrin pääoikeudenkäynnin (”disposed of the main action to a considerable degree”) tai väliaikaistoimen vaikutusaika on pitkä. Ks. Linna Oikeus 2012, s. 342

¹⁵¹ Ks. EIT:n ratkaisu Micallef v. Malta; Linna Oikeus 2012, s. 344-345

korostuvat EIS 6 artiklan vaatimukset oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, mukaan lukien kontradiktorisuuden vaatimus. Tämän mukaisesti tietyissä tilanteissa etukäteisnautintaan johtavassa OK 7:3:n mukaisessa turvaamistoimessa väliaikainen, vastapuolta kuulematta annettu turvaamistoimi, tulisi olla pikemminkin poikkeus kuin pääsääntö. Sikäli kun vastapuolen kuulemisesta huolehditaan, ja tapauksen erityispiirteet sen sallivat, ei etukäteisnautintaa koskeva korotettu näyttökynnys ole tarpeellinen tai ainakaan sitä ei tule tulkita yhtä ankarasti kaikissa tapauksissa. OK 7:3:n asema hakijan oikeussuojan ennakkollisena toteuttajana voi siis vaarantua, mikäli vastapuoli tulee kompensoiduksi prosessuaalisten ja materiaalisten oikeussuojan takeiden lisäksi korkeana pidettävällä näyttökynnyksellä.

4. OK 7:3:n mukaisen yleisen turvaamistoimen myöntämisen edellytyksistä

4.1 Lähtökohtia

Siviiliprosessuaalisella turvaamistoimenpiteellä voidaan ennakkoon turvata monenlaisia oikeuksia ja oikeudellisia vaateita ja etuuksia. OK 7 luku sisältää kolme erilaista turvaamistoimea: OK 7:1:n saamistakavarikko (raha- tai muu saamisoikeus), OK 7:2:n parempi oikeus (tiettyyn vastapuolen määräysvallassa olevaan esineeseen tai muuhun varallisuusobjektiin) ja OK 7:3:n mukainen yleinen turvaamistoimi, joka koskee lähtökohtaisesti kaikkia muita oikeuksia kuin saamisoikeuksia tai parempaa oikeutta. Turvaamistoimi voidaan myöntää myös väliaikaisena kuulematta vastaajaa (ex parte), mikäli turvaamistoimen tarkoitus saattaisi muuten vaarantua (OK 7:5.2). Tällöin tuomari joutuu tekemään ratkaisunsa ainoastaan hakijan esittämän informaation valossa. Immateriaalioikeuden alueella turvaamistoimet määrätään yleensä OK 7:3:n perusteella, joten tarkastelussani keskityn siihen OK 7:1:n ja 7:2:n tullessa käsitellyksi ainoastaan vertailevalta kannalta.¹⁵²

Siviiliprosessuaalisia turvaamistoimia koskevan vuoden 1993 lakiuudistuksen yhteydessä lakiin lisätty OK 7:3:n suora esikuva on Ruotsin rättegångsbalkenin (RB) 15 luvun 3 §, joka on ollut voimassa asiallisesti pitkälti samansisältöisenä vuodesta 1948 alkaen. OK 7:3:n mukaan:

Jos hakija saattaa todennäköiseksi, että hänellä on vastapuolta vastaan muu kuin 1 tai 2 §:ssä tarkoitettu oikeus, joka voidaan vahvistaa ulosottokaaren 2 luvun 2 §:ssä tarkoitetulla ratkaisulla, ja on olemassa vaara, että vastapuoli tekemällä jotakin, ryhtymällä johonkin tai laiminlyömällä jotakin tai jollakin muulla tavoin estää tai heikentää hakijan oikeuden toteutumista tai olennaisesti vähentää sen arvoa tai merkitystä, tuomioistuim voi:

- 1) sakon uhalla kieltää vastapuolta tekemästä jotakin tai ryhtymästä johonkin;
- 2) määrätä vastapuolen sakon uhalla tekemään jotakin;
- 3) oikeuttaa hakijan tekemään tai teettämään jotakin;
- 4) määrätä vastapuolen omaisuutta pantavaksi toimitsijan haltuun ja hoitoon; tai
- 5) määrätä jostakin muusta toimenpiteestä, joka on tarpeen hakijan oikeuden turvaamiseksi.

¹⁵² Ks. Savola DL 2001, s. 435 ja Rapinoja – Leppä 2003; ja Kemppinen 2004, s. 130

Päättyessään 1 momentissa tarkoitetun kiellon tai määräyksen antamisesta tuomioistuimen tulee kiinnittää huomiota siihen, että vastapuolelle ei turvattavaan etuuteen nähden aiheudu kohtuutonta haittaa.

Edellä 1 momentissa tarkoitetun kiellon tai määräyksen voimaantulo edellyttää, että hakija hakee turvaamistoimen täytäntöönpanoa siten kuin ulosottoaaren 8 luvussa säädetään.

4.2 Vaade-, vaaraedellytys ja haittaharkinta

Turvaamistoimen materiaaliset myöntämisedellytykset voidaan tiivistää ns. neljään isoon V:hen 1) Vaade 2) Vaara 3) Vakuus 4) Vahingonkorvaus.¹⁵³ Yleisessä turvaamistoimessa vakuus ja vahingonkorvaus voidaan yhdistää nimikkeen ”haittaharkinta” alle, jolloin saadaan oikeuskirjallisuudesta tutumpi jaottelu 1) vaade-, 2) vaaraedellytykseen sekä 3) haittaharkintaan, joka tunnetaan myös nimellä intressipunninta, intressiharkinta tai haittavertailu. Haittaharkintaa ei suoriteta, kun kyseessä on OK 7:1:n tai 7:2:n mukainen turvaamistoimi.¹⁵⁴ Vaade-edellytyksellä tarkoitetaan hakijan näyttötaakkaa siitä, että hänellä on vastapuolta vastaan ”jokin muu kuin 1 tai 2 §:ssä tarkoitettu kannekelpoinen oikeus tai muu vaade, joka on vahvistettavissa UK 2:2:ssä tarkoitetulla ratkaisulla.¹⁵⁵ Ilmauksella ”voidaan vahvistaa” tarkoitetaan puolestaan sitä, että turvaamistoimi voidaan myöntää vain, jos sen tarkoittamaa oikeutta koskeva myöhempi pääasiaprosessi voi päättyä johonkin tyypiltään UK 2:2:n mukaiseen ratkaisuun. Turvaamistoimen näyttökynnyksestä puhuttaessa viitataan nimenomaan vaade-edellytyksen osalta vaadittuun todennäköisyysnäyttöön. Hakijan on saatettava turvaamiskelpoinen oikeutensa tai vaateensa *todennäköiseksi* eikä OK 7:3.1:n sanamuodonkaan mukaan täyttää näyttöä vaadita.¹⁵⁶

Ratkaisussa 2019:34 KKO on täsmentänyt, että turvaamistoimen määrääminen on summaarinen menettely, jossa ei ratkaista, onko immateriaalioikeuden haltijalla väittämänsä oikeutta ja onko sitä loukattu. Tutkittavana on ainoastaan, täytyvätkö turvaamistoimen OK 7 luvun 3 §:n mukaiset vaateen ja loukkauksen todennäköisyyttä koskevat edellytykset vai eivät. Vaadittavaa

¹⁵³ Näin Havansi LM 2000, s. 1171

¹⁵⁴ Havansi LM 2000, s. 1178

¹⁵⁵ Mikäli hakija erehtyy vaatimaan OK 7:3:n mukaista turvaamistoimea sellaisessa tapauksessa, joka kuuluu 7:1:n tai 7:2:n yksinomaiseen soveltamisalaan, hakemus on hylättävissä, sillä tuomioistuin ei saa ex officio tuomita hakijalle muuta tai enempää kuin asiassa on vaadittu. Tämän vuoksi tulkinnanvaraisissa tapauksissa suositeltavaa onkin muotoilla hakemus siten, että vedotaan vaihtoehtoisesti 7:1:een tai 7:2:een. Tämä liittyy läheisesti turvaamistoimen yksilöintivaatimukseen, josta esimerkkinä ratkaisu KKO 1995:41. Ks. Savola DL 2001, s. 439

¹⁵⁶ Ks. Savola DL 2001, s. 438-441; ja Havansi 1993, s. 9

todennäköisyysnäyttöä voidaan yksinoikeuden osalta pitää lainkohdassa edellytetyllä tavalla täytettynä jo immateriaalioikeuden rekisteröinnillä (pätevyysoletus).¹⁵⁷ Kuten edellä on alustettu ja jäljempänä tarkemmin selvitän, vaadittava näyttökynnys käytännössä kuitenkin vaihtelee riippuen turvaamistoimen laadusta ja siitä onko vastapuoli kiistänyt loukkauksen.

Toisena turvaamistoimen myöntämisedellytyksenä on vaara-edellytys (”on olemassa vaara”), joka tarkoittaa vaaraa siitä, että vastaaja estää tai heikentää hakijan oikeuden toteutumista. Vaara-edellytyksen osalta OK 7:3 § ei aseta hakijalle mitään varsinaista todistustaakkaa tai näyttövaatimusta haitanvaaran olemassaolosta. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että hakijalla on hukkaamis- tai haitanvaaran osalta ainoastaan *väittämistaakka*, jolloin vaara-edellytyksen täyttymiseksi riittää hakijan väite haitanvaaran käsillä olosta.¹⁵⁸ Esimerkkinä haitanvaarasta voidaan mainita tilanne, jossa vaarana on pelko todistusaineiston hävittämisestä vastaajan toimesta ennen pääasian oikeudenkäyntiä tai vaara siitä, että väitetty patentin loukkaaja jatkaa loukkausta. Immateriaalioikeudessa vaaraedellytyksen tähtyminen edellyttää loukkauksen jatkumista, joka on kuitenkin presumoitu todennäköisyysnäytöllä oikeudenloukkauksesta. Norrgårdin mukaan, turvaamistoimenpide voitaneen myös myöntää loukkauksen vasta uhatessa, jolloin vaade- ja vaaraedellytys pelkistyvät yhdeksi kysymykseksi: onko hakija saattanut todennäköiseksi, että loukkaus on välittömästi uhkaamassa.¹⁵⁹

Kolmanneksi, päättäessään turvaamistoimesta tuomioistuimen tulee kiinnittää huomiota siihen, että vastapuolelle ei turvattavaan etuuteen nähden aiheudu kohtuutonta haittaa (OK 7:3.2). Siitä mitä tuomioistuimen tulisi ottaa huomioon tehdessään haittaharkintaa, on oikeuskirjallisuudessa esitetty monenlaisia tulkintoja. Vallitsevana oikeuskirjallisuudessa esitettynä näkemyksenä on, että haittaharkinta suoritetaan vasta jos tuomioistuin toteaa vaade- ja vaaraedellytyksen tähtyneen, jonka tuloksena turvaamistoimi saatetaan evätä, jos siitä aiheutuu kohtuutonta haittaa haittaharkinnan perusteella.¹⁶⁰ Tällöin voidaan puhua materiaalisesta harkinnasta. Havansin mukaan, haittaharkinta etenee kolmivaiheisesti siten, että 1) hakijan vastapuolen

¹⁵⁷ Ks. KKO 2019:34 kohdat 14 ja 15

¹⁵⁸ Saamistakavarikkoa koskeissa ratkaisuissa 1994:132 ja 1994:133 KKO on katsonut, että hukkaamisvaaran voidaan katsoa olevan olemassa, jollei vaara esillä olevissa olosuhteissa ole ”varsin epätodennäköinen”, jonka lisäksi saamisen ”erityinen suuruus” voi jo sinällään tukea vaaran olemassaoloa. Ks. Savola DL 2001, s. 440; ja Havansi 1993, s. 69; sekä Havansi 2000, s. 1177

¹⁵⁹ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1065. Näin asiaa on tulkittu myös oikeuskäytännössä. ks. Helsingin hovioikeuden päätös 28.11.2007 nro 3867, diaarinro S 07/1449

¹⁶⁰ Ks. Havansi 1993, s. 79

yksilölliset olosuhteet ja ominaisuudet otetaan huomioon ajatellen erityisesti turvaamistoimesta mahdollisesti aiheutuvan haitan laatua, laajuutta ja kestoja. Tällöin huomiota voidaan kiinnittää esimerkiksi siihen, onko vastapuoli luonnollinen- vai oikeushenkilö. 2) arvioidaan, voidaanko mahdollinen haitta korvata rahallisesti ensisijaisesti hakijan asettamasta vakuudesta vai onko haitta peruuttamaton, ja 3) edellä mainitut seikat suhteutetaan hakijan vastaaviin olosuhteisiin ja ominaisuuksiin sekä turvattavan etuuden laatuun ja arvoon hakijalle.¹⁶¹ Haittaharkinnan perusteella turvaamistoimenpiteen myöntämisen kynnys, eli niin sanottu turvaamiskynnys, voi Havansin mukaan ainoastaan nousta hakijan vastapuolen eduksi, mutta ei laskea hakijan eduksi siitä, mikä se on vaade- ja vaaraedellytyksen perusteella. Haittaharkinta voi Havansin mukaan vaikuttaa myös siten, että turvaamistoimi myönnetään, mutta se valitaan tai muotoillaan siten, ettei siitä aiheudu hakijan vastapuolelle kohtuutonta haittaa.¹⁶² Siinä missä Havansi näkee haittaharkinnan puhtaasti vaade- ja vaaraedellytyksestä erillisenä ja suppeana, pääasiassa vastapuolta kompensoivana harkintana, on oikeuskirjallisuudessa esitetty myös toisenlaisia näkemyksiä.

Norrgårdin ehdottamassa normatiiviseen päätösteoriaan pohjautuvassa ns. keinulautamallissa, haittaharkinta tulisi suorittaa vaade-edellytyksen harkitsemisen yhteydessä, jolloin haittaharkinnan tulos määrittäisi edellytetyn näyttökynnyksen tason kussakin yksittäistapauksessa ja voisi vaikuttaa myös hakijan eduksi. Toisin sanoen mallissa haittaharkinta huomioidaan päätettäessä ”mitä todennäköiseksi saattaminen” merkitsee. Tällöin voidaan puhua avoimesta harkinnasta. Keinulautamallin mukaisessa ratkaisuharkinnassa, turvaamiskynnyksen tulee olla sitä korkeampi mitä enemmän haittaa kiellosta syntyisi vastapuolelle ja kääntäen: turvaamiskynnyksen tulee olla sitä matalampi, mitä enemmän haittaa hakijalle syntyisi kieltämättä jättämisestä.¹⁶³ Norrgårdin keinulautamallin soveltaminen verrattuna Havansin ”perinteiseen harkintamalliin” tarkoittaisi käytännössä sitä, että

¹⁶¹ Ks. Havansi 1993, s. 79-80; Savola DL 2001, s. 441

¹⁶² Ks. Havansi 1993, s. 81; Savola DL 2001, s. 440. Tuomioistuimien voi määrätä tarkoituksenmukaiseksi katsomansa turvaamistoimen hakijan vaatimuksen ja OK 7:3.1:n 1-5 kohtien keinojen puitteissa. Kyseeseen voi siis tulla – tekemiskielto (1 k.), tekemiskäsky (2 k.), teettämisvaltuus (3 k.), toimitsijamääräys (4 k.) ja yleinen toimenpidemääräys (5 k.). Kohdat eivät ole toisensa poissulkevia, vaan tuomioistuimien voi yhdistellä niitä tarkoituksenmukaiseksi katsomallaan tavalla. Tuomioistuimien voi muutoinkin OK 7:13.1:n nojalla antaa tarkempia määräyksiä turvaamistoimen täytäntöönpanosta, joka mahdollistaa tarvittaessa hyvinkin yksilölliset toteutusmääräykset. Väittämistaakanormien vuoksi tuomioistuimien on kuitenkin sidottu hakijan vaatimaan siten, ettei hakijalle tule myöntää pidemmälle menevää oikeussuojaa kuin mitä hän on vaatinut.

¹⁶³ Ks. Norrgård 2002, s. 196–227; Norrgård DL 2004, s. 1068

hakijaintressien leimaaman OK 7:3.1:n lisäksi myös 2 momentin haittaharkintaa tulkittaisiin hakijaystävällisesti.¹⁶⁴

4.3 Etukäteisnautinta ja näyttökynnys

Etukäteisnautinnalla tarkoitetaan tilannetta, jossa turvaamistoimen myöntäminen tarkoittaa käytännössä sitä, että hakija pääsee jo ennen pääasioikeudenkäyntiä nauttimaan täysimääräisesti sitä oikeutta, jota kanteellaan vaatii. Etukäteisnautinta realisoituu varsin usein immateriaalioikeudellisissa riita-asioissa, sillä oikeuden tehokas turvaaminen on lähes poikkeuksetta mahdollista vain antamalla hakijalle saman kuin pääasiaprosessissa.¹⁶⁵

Kuten aiemmin tuli esille, jotta OK 7:3:n mukainen yleinen turvaamistoimi voidaan myöntää, hakijan on saatettava turvaamiskelpoinen oikeutensa tai vaateensa *todennäköiseksi*. Lain sanamuoto on tältä osin identtinen OK 7:1:n (saamistakavarikko) ja 7:2:n (parempi oikeus) kanssa. Vaadittu näyttökynnys riippuu käytännössä kuitenkin asian laadusta ja siitä, mihin kolmesta OK 7 luvun turvaamistoimesta on vedottu. Saamistakavarikkoa koskevilla ratkaisuisaan 1994:132 ja 1994:133 KKO on katsonut, että näyttökynnys ylittyy jos saamista ei voida pitää esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti selvästi perusteettomana. Alhainen näyttökynnys saamistakavarikkoasioissa perustuu KKO:n perustelujen mukaan siihen, että turvaamistoimesta päättäminen on pitkälti rinnastettavissa summaariseen riita-asioiden menettelyyn. Hakemukseen on suostuttava, jollei saaminen ole esitetyn näytönkään perusteella selvästi perusteeton, oikeudellisesti mahdoton tai notorisesti epätosi, siten ettei sitä koskevaa vaatimusta voida hyväksyä yksipuolisella tuomiolla. Alhainen, hakijaystävällinen, näyttökynnys saa KKO:n perustelujen mukaan tukensa turvaamistoimiasioille ominaisista kiireellisyysnäkökohdista, turvaamistoimen peruutettavuudesta tuomioistuimen tai ulosottomiehen toimesta, jonka lisäksi hakijan vastapuolen oikeuksia turvaa hakijan vakuudenasettamisvelvollisuus ja ankara vastuu aiheettoman turvaamistoimen vastapuolelle aiheuttamista vahingoista.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ks. Perinteisestä lähestymistavasta haittaharkinnassa Havansi 1993, s.79

¹⁶⁵ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1067

¹⁶⁶ Ks. Savola DL 2001, s. 439; ja KKO 1994:132 ja 133

Vaade-edellytyksen näyttökynnys OK 7:3:n yleisessä turvaamistoimessa sai ensimmäisen linjanvetonsa KKO:n ratkaisussa 1998:143. Tapauksessa oli kyse urheilijalle asetetun kilpailukiellon toimeenpanon kumoamisesta koskevasta turvaamistoimihakemuksesta. Hakija katsoi olevansa oikeussuojan tarpeessa jouduttuaan mielestään virheellisen dopingtestin takia kilpailukieltoon. KKO katsoi, että turvaamistoimivaatimus sinällään mahtui OK 7:3:n soveltamisalaan, mutta se hylättiin vaade-edellytyksen täyttymisen osalta riittämättömänä. Perusteluissaan KKO totesi, että turvaamistoimien vaade-edellytykseltä vaadittavan todennäköisyysnäytön täsmälleen samanlainen muotoilu ei ollut ratkaiseva. OK 7:3:n tilanteessa intressiasetelma oli sen verran erilainen (verrattuna OK 7:1:n saamistakavarikkoon), että hakijan olisi pitänyt voida esittää enemmän näyttöä dopingtestin virheellisyyden todennäköisyydestä ja näin kilpailukiellon oikeudettomuudesta. Hakemuksen hyväksyminen olisi johtanut ns. etukäteisnautintaan, eli tilanteeseen, jossa hakija olisi heti päässyt nauttimaan täysimääräisesti väittämänsä oikeutta ennen pääasian lopputuloksen selviämistä.¹⁶⁷ Vastaava tilanne oli käsillä jo tapauksessa KKO 1995:117, jossa kantajat vaativat tuomioistuinta vahvistamaan, että heidän oikeutensa harjoittaa poronhoitoa tietyllä alueella esti Metsähallitusta suorittamasta alueelle suunniteltuja metsähakkuita ja tienrakennustöitä. Tapauksessa määrätty turvaamistoimi (kielto miljoonan markan uhkasakolla ryhtymästä töihin) oli saman sisältöinen kantajien pääasian vaatimuksen kanssa. Tästä huolimatta, ratkaisussa ei mainittu sanallakaan, että turvaamistoimenpiteen johtaminen etukäteisnautintaan vaikuttaisi vaade-edellytyksen täyttymiseltä vaadittua todennäköisyyttä korottavasti.¹⁶⁸

Prejudikaatin 1998: 143 mukainen korotettu näyttökynnys etukäteisnautinnan tilanteissa on vahvistettu edelleen KKO:n ratkaisussa 2000:94, jossa virolainen laivanvarustamo Estonian Shipping Company Ltd (ESCO) haki turvaamistoimena kieltä Suomen Merimiesunionin (SMU) väitetysti oikeudenvastaisesti toimeenpanemalle saarrolle. KKO katsoi, että varustamon oikeudenvastaiseksi väittämän vastapuolen menettelyn kieltäminen turvaamistoimenpiteenä oli sinänsä 7:3:n nojalla mahdollista ja saarto työtaistelutoimenpiteenä voisi joissakin

¹⁶⁷ Ks. Havansi 1998.

¹⁶⁸ Ks. Norrgård 2002, s. 182. Voidaan vain arvailla, miksi KKO päätyi ottamaan etukäteisnautinnan käsitteen käyttöön ensi kertaa vasta ratkaisussa 1998:143. Tulkinta, jonka mukaan tapauksen erityispiirteillä tai jopa tyypillä, olisi vaikutusta siihen, sovelletaanko etukäteisnautinnasta johtuvaa korotettua näyttökynnystä, on houkutteleva. Tällöin olisi argumentoitavissa, että hakijan oikeuden ”elintärkeys” ja akuutin oikeussuojan tarve määrittäisi sitä, tulisiko tapauksessa soveltaa etukäteisnautinnasta johtuvaa korotettua näyttökynnystä. Samansuuntaisesti myös Savola 2001, s. 451

yksittäistapauksissa olla oikeudenvastainen ja kiellettävissä.¹⁶⁹ Saarron kieltäminen edellytti hakijan saattamaan saarron oikeudenvastaisuuden todennäköiseksi, jossa hakija ei kuitenkaan onnistunut KKO:n hylättyä hakemuksen vaade-edellytyksen riittämättömyyden vuoksi.

Perusteluissaan KKO painotti turvaamistoimiasian luonnetta korostuneesti summaarisena ja suppeatutkintaisena menettelynä todeten lisäksi, että ”työtaistelutoimenpide oli kiellettävissä lähinnä silloin kun, sellaisen toimenpiteen käyttäminen on nimenomaisesti rajoitettu kansallisessa lainsäädännössä tai Euroopan yhteisön oikeudessa siten, että siihen voidaan vedota yksityisten välisessä suhteessa.” Saarron kieltävä turvaamistoimi olisi aiemman prejudikaatin tapaan johtanut myös etukäteisnautintaan, jossa hakija olisi oikeudenkäynnin ajaksi päässyt heti nauttimaan täysimääräisesti sitä oikeutta, jota vaatisi kanteellaan. Tällaisissa tilanteissa hakijan oikeuden todennäköisyydelle oli asetettava ”huomattavasti suuremmat vaatimukset kuin saamisen todennäköisyydelle takavarikkoasiassa”. Ratkaisussa KKO on joutunut arvioimaan tosiasiasiekoiltaan ja oikeuskysymyksiltään summaariseen prosessiin vaikeasti sovitettavaa tapausta, jossa turvaamistoimenpiteen ratkaisu olisi edellyttänyt laintulkintaa oikeudellisesti epävarmassa asiassa. KKO näyttää sanovan: ”kun asiasta ei ole nimenomaisesti säädetty, on sen tutkiminen summaarisessa prosessissa mahdotonta”. Kun tähän yhdistetään turvaamistoimen johtaminen faktisesti etukäteisnautintaan, tulee vaade-edellytyksestä oikeudellisesti komplisoitu.

Kuten Havansi on oikeustapauskommentaarissaan todennut, ”OK 7:3:n soveltamisessa turvaamiskynnys voi nousta lähes uhkaavan korkeaksi etukäteisnautinnan tyyppitilanteissa”, siten ettei ennakollista oikeussuojaa yksinkertaisesti myönnettäisi muissa kuin selvissä tapauksissa. Näitä ns. kiperiä tapauksia ajatellen Havansi suosittaa hakijoita muotoilemaan turvaamistoimihakemuksen perusteellisesti vaikka paradoksaalisesti summaarinen turvaamistoimimenettely ei salli laajoja ja perusteellisia faktaselvittelyjä tai laintulkintapledeerauksia. Toisena lääkkeenä Havansi rohkaisee tuomioistuimia käyttämään niille myönnettyä laajaa muotoamisvaltuutta (OK 7:13.1) yhdessä 7:3.1:n keinovalikoiman kanssa, joka antaa tuomioistuimelle mahdollisuuden räätälöidä toimeenpanon toteutus tapauskohtaisesti. Kekseliäs kompromissiratkaisu (esimerkiksi turvaamistoimen ajallinen

¹⁶⁹ KKO viittasi kuitenkin ratkaisuihin 1987:85-86, joiden mukaan saarto työtaistelutoimenpiteenä ei voi sinällään olla oikeudenvastainen ja lähtökohtana on pidettävä työtaisteluvapautta.

rajoittaminen) verrattuna ”kaikki tai ei mitään” –ratkaisuun voisi Havansin mukaan etukäteisnautinnan tyyppitilanteissa toteuttaa summaarisen tilapäisen oikeussuojan ideaa paremmin.¹⁷⁰ Tällaista lähestymistapaa suositellaan myös Euroopan komission tiedonannossa teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/48/EY tietyistä näkökohdista.¹⁷¹ Täytäntöönpanodirektiivin johdantotekstinkin mukaan, tuomioistuimen tulee kieltoja määrätessään ottaa huomioon tapauksen ja kunkin immateriaalioikeuden erityispiirteet.¹⁷² OK 7:3:n laajassa tapauskirjossa on eittämättä kuitenkin tilanteita, joissa sopivaa väliajan kompromissia ei luontevasti löydy.¹⁷³ Kuten todettua, tällaisiin tilanteisiin joudutaan etenkin immateriaalioikeuksia koskevissa riidoissa, joissa oikeuden tehokas turvaaminen saattaa olla mahdollista vain antamalla hakijalle saman kuin pääasiaprosessissa.¹⁷⁴

Etukäteisnautinnan tuomia haasteita ennakkollisen oikeussuojan toteutumiselle immateriaalioikeudellisessa kontekstissa kuvastaa KKO:n ratkaisu 2003:118, jossa korkein oikeus otti ensimmäisen kerran kantaa yleisen turvaamistoimen soveltamisedellytyksiin patentinloukkausasiassa. Hakija oli vaatinut käräjäoikeudessa, että vastaajia kielletään OK 7:3:n nojalla loukkaamasta hakijalle (Oy Lang Ship Ab) myönnettyä patenttia ja hyödyllisyysmallia, jotka koskivat menetelmää ja järjestelyä kelojen kuljettamiseksi laivalla ja kelan kuljetustelineeksi tarkoitettua kelapidintä, joita vastaajat (Flinter Groningen B.V) olivat käyttäneet aluksissaan 2002 vuoden alusta aloitettuaan teräksen kuljettamisen Tornioista Hollantiin. Vastaajat vaativat hakemuksen hylkäämistä vedoten siihen, että heidän laivansa eivät loukkaa kyseisiä teollisoikeuksia. Lisäksi he vetosivat siihen, että joka tapauksessa merenkulkua koskevat poikkeussäännökset PatL 5 §:ssä ja HyödMalliL 4 §:ssä tulevat sovellettaviksi. Asiaa monimutkaisti myös vastaajien väite patentin ja hyödyllisyysmallin pätevyydestä puuttuvan uutuuden ja keksinnöllisyyden vuoksi. Vaade-edellytyksen osalta

¹⁷⁰ Ks. Havansi 2001; ja Havansi 1993, s.73

¹⁷¹ Tiedonannossa todetaan, että vaikka hakija aluksi määrittää hakemuksessaan välittömän loukkauksen estämiseksi tai meneillään olevan loukkauksen lopettamiseksi asianmukaiseksi katsomansa kiellon laajuuden, hakemuksesta päättää toimivaltainen oikeusviranomainen. Annettavien kieltojen tulisi olla tehokkaita, mutta ne eivät saisi mennä pidemmälle kuin kyseisen asian erityispiirteet huomioiden on tarpeen ja oikeasuhtaista. Toisin sanoen, tuomioistuimen tulisi harkita onko asiassa mahdollista antaa tehokas kielto, siitä huolimatta, että sitä ei välttämättä voida toteuttaa hakijan vaatimassa laajuudessa. Ks. COM(2017) 708 Final s. 19-20

¹⁷² Ks. Direktiivin 2004/48/EY johdantotekstin kappale 17.

¹⁷³ Ks. Havansi 1998.

¹⁷⁴ Liittyen ennakkollisen oikeussuojan mahdollisuuteen patentin loukkaustilanteissa, Norrgård on todennut, että vain kielto joka estää vastaajaa jatkamasta loukkausta on tehokas oikeussuojakeino. Ks. Norrgård DL 2004, s. 1067

käräjäoikeus totesi, että voimassa olevan patentin ja hyödyllisyysmallin tuottama yksinoikeus oli OK 7:3:ssä tarkoitettu oikeus, joka voitiin vahvistaa UL 3:1.1:ssa tarkoitettulla ratkaisulla. Näin käräjäoikeus ja myöhemmin korkein oikeus vahvisti, että väliaikaisen kiellon hakeminen immateriaalioikeudellisessa asiassa oli sinänsä mahdollista OK 7:3:n nojalla. Tutkittuaan vielä vaara-edellytyksen täyttymisen ja suoritettuaan intressiharkinnan, käräjäoikeus myönsi turvaamistoimen viitaten korkeimman oikeuden aikaisempaan etukäteisnautintaa koskevaan oikeuskäytäntöön (KKO 1998:143 ja KKO 2000:94).

Vastaajien valitettua hovioikeuteen, hovioikeus kumosi käräjäoikeuden päätöksen ja hylkäsi hakemuksen samaan oikeuskäytäntöön viitaten ja katsoi, että etukäteisnautinnan tilanteessa edellytetty näyttökynnys ei tapauksessa ylittynyt. Oikeudenkäynnin aikana vastaajat olivat tehneet väitteitä patentti- ja rekisterihallituksen (PRH) valituslautakunnalle, joiden johdosta hakijan patentti kumottiin ja hyödyllisyysmallia olennaisesti rajoitettiin hovioikeuden päätöksen jälkeen. Hovioikeus totesikin, että vastapuolen väitteiden johdosta hakijan vaade oli muuttunut oikeudellisesti siinä määrin epäselväksi, ettei edellytyksiä turvaamistoimen myöntämiseen ollut. Lisäksi hovioikeus katsoi, että kiellosta voisi seurata vastapuolten kannalta peruuttamaton olosuhteiden muutos ja että oli epäselvää aiheutuiko kiellosta hyötyä hakijalle. Korkeimman oikeuden otettua asian käsiteltäväkseen, kysymys oli enää hyödyllisyysmallin loukkauksesta PRH:n kumottua hakijan patentin, jonka osalta KKO päätyi siihen, ettei hakija ollut saattanut todennäköiseksi vaade-edellytystä. Hyödyllisyysmallin osalta korkein oikeus totesi hovioikeuden kanssa yhtäpitävästi, että ”turvaamistoimiasian summaarisuuden varmistaminen edellyttää, että vaade-edellytyksen täyttymistä harkittaessa ei kuulu tutkia, loukkaako vastapuolen käyttämien laivojen rakenne hyödyllisyysmallioikeutta tai onko hyödyllisyysmallioikeudesta annetun lain 4 §:n nojalla oikeus joka tapauksessa käyttää keksintöä, vaan nämä väitteet kuuluvat vasta pääasian yhteydessä käsiteltäväksi ja ratkaistavaksi.” Tämän jälkeen KKO totesi hovioikeuden tapaan, että vastapuolen väitteet olivat tehneet hakijan hyödyllisyysmallioikeuden loukkaamisen niin epävarmaksi, ettei edellytyksiä turvaamistoimen myöntämiselle etukäteisnautinnasta johtuvien suurempien vaatimusten vuoksi ollut.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1069-1070; ja Koulu 2003.

Ratkaisu syntyi äänestyksen tuloksena 4-1. Vaade-edellytyksen näyttökynnyksen osalta esitettiin kahdenlaisia eriäviä mielipiteitä. Esittelijä piti etukäteisnautinnasta johtuvaa näyttökynnystä ongelmallisena, sillä se on omiaan johtamaan siihen, että asianosaiset alkavat käymään itse pääasiaa koskevaa riitaansa jo turvaamistoimiasian yhteydessä. Korkea näyttökynnys saattaa johtaa myös siihen, ettei turvaamistoimia käytännössä lainkaan myönnettäisi asioissa, jotka ovat oikeudellisesti tai tosiasiakysymyksiltään monimutkaisia. Ottaen lisäksi huomioon TRIPS-sopimuksen vaatimuksen tehokkaista oikeussuojakeinoista sekä OK 7 luvun turvaamistoimien näyttövaatimuksen saman verbaalisen muotoilun, tarkoituksenmukaisempi näyttökynnys olisi takavarikkoasioihin sovellettava (”ei selvästi perusteeton”). Sovellettaessa tätä summaarisen prosessin ideaalia paremmin toteuttavaa näyttökynnystä, etukäteisnautinnasta johtuvat suuremmat vaatimukset voitaisiin ottaa huomioon intressipunnintasäännöksen kautta.¹⁷⁶

Oikeusneuvos Krogerus sen sijaan päätyi enemmistön kanssa samaan lopputulokseen, mutta eri perusteilla kuin enemmistö ja esittelijä. Hän oli asian etukäteisnautintaluonteesta johtuvan korkeamman vaade-edellytyksen osalta samaa mieltä enemmistön kanssa, mutta kiinnitti huomiota liian korkeasta turvaamiskynnyksestä mahdollisesti aiheutuviin ongelmiin seuraavasti:

”Kun harkitaan, täytyvätkö hakijan oikeuden todennäköisyydelle asetettavat normaalia suuremmat vaatimukset, on kuitenkin otettava huomioon myös seuraavat näkökohdat. Jos mainittuja vaatimuksia pidetään liian tiukkoina, on vaarana, että turvaamistoimen saaminen saattaa tosiasiaa kokonaan estyä sellaisissa tapauksissa, jotka ovat tosiasiakysymyksiltään tai oikeudellisesti monimutkaisia, koska tällöin turvaamistoimi voidaan katsoa voitavan myöntää ainoastaan samoilla edellytyksillä kuin kanne voidaan hyväksyä. Tästä puolestaan voi seurata, että asianosaiset pyrkivät käymään itse pääasiaa koskevaa riitaa jo turvaamistoimiasian yhteydessä, mikä voi vaarantaa turvaamistoimiasian käsittelyn summaarisuuden.”

Ratkaisussa korkein oikeus joutui arvioimaan ennen kaikkea sitä, mitä OK 7:3.1:n mukainen oikeuden ”todennäköiseksi saattaminen” merkitsee ja toisaalta, mitä tarkoittaa etukäteisnautintatilanteissa edellytetyt ”huomattavasti suuremmat vaatimukset” oikeuden todennäköisyydelle verrattuna takavarikkoasioihin, joissa vaade-edellytyksen on katsottu täyttyvän, mikäli hakijan saamista ei esitetyn näytön valossa tai oikeudellisesti voida pitää ”selvästi perusteettomana”.

¹⁷⁶ Ks. Norrgård 2003; ja Norrgård DL 2004, s. 1071

Jälkimmäistä kysymystä Norrgård on pohtinut seikkaperäisesti ratkaisua koskeissa kommentaareissaan¹⁷⁷ ja pitää sitä tulkinnanvaraisena. Ensimmäisen tulkintavaihtoehdon mukaan, turvaamiskynnystä on pidettävä erittäin korkeana ja OK 7:3:n turvaamistoimi voitaisiin myöntää ainoastaan hyvin selkeissä tilanteissa. Oikeusvertailevana huomiona, tämä vastaisi Ruotsin korkeimman oikeuden vuoden 1995 Hackman Rörstrand -ratkaisussaan määrittelemää immateriaalioikeudellisiin turvaamistoihin sovellettavaa näyttökynnystä.¹⁷⁸ Ratkaisun mukaan, turvaamistoimenpide voidaan myöntää, mikäli loukkaus on ilmeinen tai ainakin selvästi todennäköisempi kuin sen vastakohta.¹⁷⁹ Patentinloukkausriitojen ollessa lähes poikkeuksetta monimutkaisia, tällainen tulkinta johtaisi patenttiin luontaisesti kuuluvan kielto-oikeuden korvautumisella oikeudella jälkikäteiseen korvaukseen mahdollisesti vuosien päästä, joka olisi vastoin immateriaalioikeuden peruseriaatteita. Korkea näyttökynnys voi johtaa myös siihen, että hakijat ovat pakotettuja muotoilemaan hakemuksensa siten, että kiellon sijasta haetaan takavarikkoa matalamman näyttökynnyksen soveltamiseksi. Tällainen menettely ei luonnollisesti takaisi samaa suojaa kuin kielto ja edustaisi hakijan kannalta eräänlaista kompromissiratkaisua, joka lisäksi poikkeaisi ulkomailta sovelletusta.

Toisen, optimistisemmän, tulkintavaihtoehdon mukaan, turvaamiskynnys on joustava vaatimus, joka tilannekohtaisesti voi olla varsin matala. Tätä tukee Norrgårdin mukaan se, että takavarikkoasioiden turvaamiskynnyksen (”ei selvästi perusteeton”) ollessa hyvin matala, etukätesnautintatilanteisiin sovellettava ”huomattavasti korkeampi todennäköisyys kuin ei selvästi perusteeton” ei näyttäydy välttämättä enää kovin korkeana. Turvaamiskynnys ”ei selvästi perusteeton” voi Norrgårdin mukaan olla mahdollisesti vielä matalampi kuin perinteisiin näyttökynnyksiin kuuluva ”oletettava”, jolloin kaikki muutkin perinteiset näyttökynnykset (todennäköistä, ilmeistä, varmaa) olisivat korkeampia kuin ”ei selvästi perusteeton”. Epäselvää on vain, mitkä näistä ovat ”huomattavasti” korkeampia kuin ”ei selvästi perusteeton”, joka ei KKO:n prejudikaattien mukaan sovellu etukätesnautintatilanteisiin? KKO:n toteamus siitä, että loukkaaminen on tullut ”niin epävarmaksi”, ettei hakijan voida katsoa saattaneen oikeuttaan todennäköiseksi, voidaan Norrgårdin mukaan tulkita tarkoittavan,

¹⁷⁷ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1072-1073 ja Norrgård 2003.

¹⁷⁸ Ks. NJA 1995 s. 631 (HACKMAN RÖRSTRAND)

¹⁷⁹ Helsingin hovioikeus on käyttänyt perustelujensa tukena kyseistä ratkaisua ainakin tapauksessa HelHO 11.1.2007/2552 (NIKE)

että yleinen turvaamistoimi etukäteisnautinnan tilanteissa tulee olla mahdollinen myös loukkauksen osalta epävarmoissa tilanteissa.

4.4 Norrgårdin keinulautamalli

Ratkaisuksi kysymykseen siitä, kuinka paljon epävarmuutta sallitaan ja mitä ”huomattavasti korkeampi” turvaamiskynnys etukäteisnautinnan tilanteissa tarkoittaa, Norrgård on ehdottanut kehittämänsä keinulautamallin soveltamista, jossa haittaharkinnalle annetaan merkitystä arvioitaessa vaade-edellytyksen näyttökynnystä.¹⁸⁰ Tässä materiaalisen¹⁸¹ ja avoimen harkinnan yhdistävässä ratkaisumallissa epävarmuutta saisi olla sitä enemmän, mitä enemmän haittaa hakija kärsisi siitä, ettei turvaamistoimea myönnettäisi. Kääntäen, mitä enemmän haittaa vastapuoli kärsisi turvaamistoimesta, sitä vähemmän epävarmuutta sallittaisiin.¹⁸² Samaan tapaan kuin aiemmissa ratkaisuissaan, KKO ei 2003:118:ssa suorittanut intressiharkintaa, koska hakemus kaatui jo vaade-edellytyksen puuttumiseen. Vähemmistö sen sijaan pohti tapausta intressiharkinnan osalta päätyen kuitenkin siihen, että turvaamistoimi olisi hylätty sen perusteella.¹⁸³

Nähdäkseni Norrgårdin kehittämä keinulautamalli voi tarjota tuomioistuimille käyttökelpoisen apuvälineen helpottamaan tuomioistuimen päätöksentekoa summaarisessa asiassa tyypillisen niukan todistusaineiston varassa. Tuomioiden oikeellisuuden varmistamisen ja siviiliprosessille tärkeän totuuspyrkimyksen kannalta on kuitenkin haitallista jos vaateen todennäköisyyden osoittamisesta siirrytään puhtaasti sosiaalisiin näkökohtiin perustuvaan haittaharkintaan

¹⁸⁰ Keinulautavertauksessa keinulaudan toisessa päässä on loukkauksen todennäköisyys ja toisessa haitat: Mitä enemmän haittaa kiellosta syntyy vastapuolelle, sen vahvempaa näytön tulee olla ja kääntäen. Keinulautamallin on oikeuskirjallisuudessa katsottu soveltuvan nimenomaan immateriaalioikeudellisiin turvaamistoihin. Ks. Koulu 2003; Norrgård DL 2004, s. 1073

¹⁸¹ Materiaalisessa harkinnassa huomio keskittyy siihen, millä todennäköisyydellä *prima facie* väitetty oikeus on olemassa ja sen loukkaus on tapahtunut. Ks. Norrgård 2002, s. 176

¹⁸² Norrgård on tarkoittanut keinulautamallinsa ratkaisuksi nimenomaan ns. kiperiin tapauksiin, jossa tilanne loukkauksen osalta on epäselvä. Avoimeen harkintaan perustuva keinulautamalli ei sen sijaan sovellu ratkaisuksi ns. helppoissa tapauksissa, joihin Norrgård suosittaa materiaalista harkintaa. Norrgårdin mukaan, ei ole mielekäästä arvioida ratkaisusta seuraavia haittoja, mikäli on ilmeistä että hakijan oikeuksia on loukattu. Ks. Norrgård DL 2004, s. 1067

¹⁸³ Vähemmistön suorittaman intressiharkinnan tuloksena ”turvaamistoimen myöntäminen merkitsisi merikuljetusten keskeytymistä ja siten huomattavaa taloudellista vahinkoa vastapuolelle. Sen sijaan hakija ei saa erityistä välitöntä hyötyä turvaamistoimen myöntämisestä, toisaalta se ei kärsi myöskään erityistä vahinkoa turvaamistoimen myöntämättä jättämisestä. OK 7:3.2:n tulkintaan siirrettynä tämä intressipunninta merkitsi, että turvaamistoimesta aiheutuisi vastapuolille kohtuuttomasti haittaa hakijan turvattavaan etuuteen nähden.” Ks. Koulu 2003.

ratkaistaessa ns. kiperiä tapauksia. Tällaisia tehokkuuteen ja osapuolten välisten haittojen vertailuun tähtääviä malleja on kritisoitu yleisesti siitä syystä, ettei tuomioistuimia tulisi käyttää resurssien uusjakoon asianosaisten välillä, sillä aineellisesti väärä tuomio on yhtä vahingollinen molempien osapuolten kannalta.¹⁸⁴ Haittojen vertailuun perustuvan, yksittäistapauksellisesti joustavan, näyttökynnyksen on sanottu myös johtavan ratkaisujen ennalta-arvattavuuden ja oikeusvarmuuden heikkenemiseen.¹⁸⁵ Ongelmana on myös se, miten osapuolten subjektiivisista lähtökohdista määrittyviä haittoja voidaan vertailla ja arvottaa keskenään. Tällaisen prosessin ulkopuolisen todellisuuden huomioon ottaminen summaarisessa ja suppeatutkintaisessa turvaamistoimiprosessissa onkin vaikeaa ja aina arvionvaraista.

4.5 Arviointia

Edellä läpikäydyn ratkaisukäytännön ja oikeuskirjallisuuden perusteella voidaan todeta, että KKO:n lähestymistapa yleisiin turvaamistoimiin on tiukan materiaalin ja sen soveltuminen immateriaalioikeudellisiin asioihin on kyseenalaistettu ennen kaikkea Norrgårdin toimesta, joka lukeutuu korostuneemmin avoimen harkinnan kannattajiin. Ratkaisussa KKO 2003:118 korkein oikeus ei onnistunut antamaan valaisua siihen, mitä etukäteisnautinnan tilanteissa edellytetyt ”huomattavasti suuremmat vaatimukset” ovat suhteessa takavarikkoasioiden ”ei selvästi perusteeton” -näyttökynnykseen.¹⁸⁶ Etukäteisnautintaan johtavissa turvaamistoimissa näyttövaatimus voi siten periaatteessa olla mitä tahansa näiden kahden väliltä. Oikeusvarmuuden ja tehokkuuden kannalta tätä voidaan pitää epätydyttävänä tilanteena. Etukäteisnautinnasta johtuva korotettu näyttökynnys näyttää tulevan sovellettavaksi aina kun turvaamistoimi päästäisi hakijan nauttimaan oikeuttaan täysimääräisesti ennen pääasiaprosessia. Vastapuolen oikeusturvanäkökohdilla perusteltu kategorisesti sovellettava korotettu näyttökynnys ei kuitenkaan ota huomioon sitä, että immateriaalioikeudellisissa asioissa ei ole useinkaan mahdollista vaatia vähempää kuin pääasiassa. Tällöin pelkästään se, että hakija pääsisi nauttimaan oikeuttaan täysimääräisesti ennen pääasiaprosessia, ei tulisi olla syy tuomita asiaa hakijan vahingoksi. Näyttää siltä, että turvaamistoimen myöntäminen etukäteisnautinnan

¹⁸⁴ Ks. Heuman 2005, s. 58-59

¹⁸⁵ Ks. Jokela 2004, s. 261

¹⁸⁶ Koulu on kommentaarissaan myös samalla kannalla todetessaan, että ”enemmistön kantaan perehtyvä lukija joutuu viime kädessä arvailemaan, miksi vaade-edellytys ei loppujen lopuksi täyttynytkään.” Ks. Koulu 2003.

tilanteissa edellyttää väistämättä tiettyjen avoimen harkintamallin mukaisten näkökohtien omaksumista materiaalisien harkinnan rinnalle.¹⁸⁷

Jotta immateriaalioikeuksien haltijoilla säilyisi realistinen mahdollisuus turvaamistoimien saamiseen, tulisi etukäteisnautinnasta johtuvista korotetuista näyttövaatimuksista luopua ja pitäytyä vaade-edellytyksen osalta lain sanamuodonkin mukaisessa ”todennäköiseksi”-vaatimuksessa¹⁸⁸, jonka jälkeen kysymys etukäteisnautinnan merkityksestä voitaisiin ratkaista osana intressivertailua, tarvittaessa suorittamalla se tavallistakin vastapuoliystävällisemmin, eikä vaakakuppi näin kääntyisi liaksi hakijan hyväksi. Vaadittavan todennäköisyysasteen selventäminen ei tarkoittaisi hakijan todistustaakasta luopumista, jonka lisäksi tuomioistuimella säilyisi edelleen mahdollisuus kontrolloida hakijan vaateen menestymismahdollisuudet pääasiaprosessissa¹⁸⁹ sekä huolehtia intressiharkinnassa muun ohessa, ettei kyse ole hakijan puolelta turvaamistoimen väärinkäytöstä, jonka lisäksi materiaalistien oikeusturvan takeiden täyttymiseen kiinnitettäisiin erityistä huomiota.¹⁹⁰ Loukkauksen osalta aidosti epäselvissä tilanteissa tuomioistuimen tulisi tulkita vaade-edellytystä hakijalle edullisella tavalla.¹⁹¹

Savolaa mukaillen, toinen vaihtoehto on, että nyt jo oikeuskäytännössä vakiintunut etukäteisnautintaa koskeva korotettu näyttökynnys säilytetään, mutta se voisi joustaa hakijan eduksi, mikäli kyse on hakijan kannalta ”elintärkeästä” oikeudesta, jonka saamatta jäämisestä prosessin aikana aiheutuisi huomattavaa haittaa. Korotettu näyttökynnys joustaisi myös, mikäli hakijavakuus on laadultaan ja määrältään kaikin puolin riittävä kompensoimaan mahdollisesti virheelliseksi osoittautuvasta turvaamistoimesta vastapuolelle aiheutuneet vahingot. Kolmanneksi, mikäli turvaamistoimen myöntäminen ei merkitsisi sellaista korvauskelvotonta

¹⁸⁷ Savolankin mukaan, ”arvioitaessa sitä, voidaanko OK 7:3:n nojalla antaa turvaamistoimi etukäteisnautintaan johtavassa tilanteessa, hakijan vaateen todennäköisyyden aste ei voine olla ainoa arviointikriteeri.” ks. Savola DL 2001, s. 451

¹⁸⁸ Kuten ylempänä on tullut esille, sanotulla todennäköisyysvaatimuksella tarkoitetaan ”vain” ns. todennäköisyysnäyttöä eli melkoisesti vähäisempää näyttöä kuin pääasiassa vaadittavaa ns. täyttä näyttöä, joka sekään ei suinkaan tarkoita täyttä varmuutta. Todennäköiseksi –kynnyksen edellyttäminen poistaisi myös OK 7 luvun sisäisen ristiriitaisuuden, joka aiheutuu lain sanamuodosta huolimatta eri asteisena pidettävistä todennäköisyysvaatimuksista koskien saamisturvaamista ja yleistä turvaamistoimea. Ks. Havansi 1994, s. 15

¹⁸⁹ Tämä viittaa hakijan velvollisuuteen saattaa pääasia vireille (OK 7:6), jonka on tuomioistuimen näkemyksen mukaan päätyttävä *todennäköisesti* voitokkaasti, jotta turvaamistoimi voidaan myöntää. Ks. Havansi 1994, s. 68

¹⁹⁰ Ks. Havansi 1994, s. 71

¹⁹¹ Todennäköisyysnäytön edellyttäminen merkitsee prosessioikeudessamme yleensä sitä, että ”epätietoisissa tapauksissa tuomioistuimen tulisi päätyä näyttövelvolliselle asianosaiselle edulliseen ratkaisuun.” Ks. Lappalainen 1994, s. 113; ja Havansi 1994, s. 15

vahinkoa, joka ei olisi korvattavissa vastapuolelle hakijan hävitessä pääasian, tulisi näyttökynnyksen myös joustaa hakijan eduksi.¹⁹² Neljänneksi, näyttökynnyksen tulisi tulkita olevan joustavampi hakijan eduksi varsinaisten turvaamistoimien kohdalla, jossa vastapuolen prosessuaalisista oikeuksista on huolehdittu. Vaade-edellytyksen arviointi edellyttäisi siis vähintäänkin ”päältäpäin” havaittavien hakijaa ja vastapuolta koskevien olosuhteiden huomioonottamista, jotka perinteisesti kuuluvat vasta intressiharkintavaiheeseen. Intressiharkintavaihe koskisi korostuneemmin varsinaista kysymystä siitä, onko turvaamistoimenpide käytännössä toteuttamiskelpoinen. Näin menettelemällä varmistetaan, ettei oikeudenhaltijoille eikä liioin ulkopuolisille jää käsitystä, että vaade-edellytykseltä vaadittava todennäköisyysnäyttö etukäteisnautinnan tilanteissa olisi tarkoitettu lähenevän pääasiassa vaadittavaa tasoa.

Tiettyä kompromissia merkitsee hakijan oikeus TTL:n mukaisen turvaamistoimen hakemiseen aineiston säilyttämiseksi, jolla voidaan olettaa olevan merkitystä patentin tai muun laissa säädetyn immateriaalioikeuden loukkaamista koskevassa riita-asiassa. Siinä missä yleisellä turvaamistoimella on mahdollista saada tehokas ennakkollinen kieltotuomio, TTL:n mukaisella turvaamistoimella on mahdollista turvata tehokas myöhempi kieltö- ja vahingonkorvaustuomio, tai tarkemmin, niiden edellytykset.

KKO:n vastikään antamassa ennakkoratkaisussa 2019:10 oli kyse siitä, oliko TTL:n mukainen turvaamistoimi mahdollista ulottaa patenttia todennäköisesti loukkaavan vastapuolen laskuihin, kuitteihin, tilausasiakirjoihin ja kirjanpitoaineistoon. Lisäksi kysymys oli siitä, oliko hakijalla oikeus tutustua turvaamistoimen kohteena olevaan aineistoon ja saada siitä jäljennöksiä. Perusteluissaan KKO viittasi TRIPS-sopimuksen todistelun turvaamista koskevaan 50 artiklan 1 kohtaan sekä täytäntöönpanodirektiivin 3 artiklan yleisen velvoitteen ohella nopeita ja tehokkaita todisteiden turvaamiseen tähtäviä väliaikaisia toimia koskevaan täytäntöönpanodirektiivin 7 artiklaan. KKO totesi, että täytäntöönpanodirektiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaista tiedonsaantioikeutta oli tulkittava laajasti ja EUT:n oikeuskäytännöstä johtuen sitä ei ollut aihetta rajata vain oikeudenkäynteihin, joissa vaaditaan sen toteamista, että teollis-

¹⁹² Ks. Savola DL 2001, s. 451

tai tekijänoikeutta on loukattu.¹⁹³ Kun asiassa luovutettavaksi pyydetty tiedot koskivat vain yksilöityjä, hakijan patenttioikeutta riidattomasti loukkaavaa tuoteryhmää koskevia asiakirjoja, korkein oikeus katsoi, että erittäin tärkeät syyt vaativat tietojen luovuttamista, siitä huolimatta, että asiakirjat kuuluivat vastapuolen liikesalaisuuksien suojan piiriin. Tietojen luovuttaminen ei myöskään ollut epäsuhteessa siihen, mikä on tietojen merkitys yhtäältä hakijalle ja toisaalta vastapuolelle. Tietojen luovuttamisen ohella KKO määräsi, että hakijalla oli oikeus tutustua turvaamistoimen kohteena olevaan aineistoon ja ottaa siitä jäljennöksiä.

Vaikka TTL:n mukainen turvaamistoimi ei tarjoakaan hakijalle samanlaista akuuttia suojaa kuin OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi, tarjoaa se KKO:n ennakkoratkaisun myötä ainakin entistä tehokkaamman vaihtoehdon, mikäli hakijan intressissä on ennemmin kerätä riittävät todisteet loukkauksesta kuin hakea väliaikaista kieltoa. Todistusaineiston kattavinkaan haltuun saaminen myöhempää pääasiaprosessia varten ei ole tehokkuusperiaatteen toteutumisen kannalta kuitenkaan riittävää, ellei alkanutta loukkausta saada loppumaan prosessin ajaksi OK 7:3:n väliaikaisella kiellolla.

Siitä huolimatta, että turvaamistoimiasiassa lähtökohtaisesti korostuvat menettelyn tehokkuus ja summaarisuus aineellisesti oikeaan tuomioon pyrkimisen kustannuksella, ei ainakaan KKO ole näyttänyt olevan halukas irtaantumaan perinteisesti materiaalisesta lähestymistavasta koskien OK 7:3:n yleistä turvaamistoimea. Norrgård on kommentaarissaan kuitenkin osoittanut, että alioikeudet ovat KKO 2003:118 jälkeen soveltaneet tietyissä tapauksissa myös avointa materiaalista harkintaa, jossa intressiharkintaa käytetään jo vaade-edellytyksen arvioimisen tukena.¹⁹⁴ Tutkittaessa markkinaoikeuden 2010-luvun oikeuskäytäntöä OK 7:3:n yleisissä

¹⁹³ KKO viittasi EUT:n ratkaisuun C-427/15 (NEW WAVE CZ) (18.1.2017), jossa Unionin tuomioistuin on todennut, että 8 artiklan 1 kohdassa säädetty tiedonsaantioikeus mahdollistaa sen, että teollis- ja tekijänoikeuden haltija voi toteuttaa oikeutensa suojaamiseksi säädetty toimenpiteet, kuten esittää turvaamistoimia ja vaatia vahingonkorvauksia. Jos oikeudenhaltijalla ei ole kaikkia tietoja hänen oikeuteensa kohdistuvan loukkauksen laajuudesta, hän ei kykene määrittämään ja laskemaan tarkoin vahingonkorvausten määrää. Tiedonsaantioikeuden käyttämisestä ei siten ole aihetta rajata vain oikeudenkäynteihin, joissa vaaditaan sen toteamista, että teollis- tai tekijänoikeutta on loukattu. Ks. kohdat 20, 25, 27.

¹⁹⁴ Ratkaisussa HelHO 1.4.2004/1226 (CCPI Inc. ja Foresco International Limited vastaan Bet-Ker Oy) hovioikeus viittasi KKO:n etukäteisnautintaa koskevaan ratkaisukäytäntöön (KKO 1998:143, 2000:94 ja 2003:118) todeten, että kyseessä oli etukäteisnautintatilanne, jolloin todennäköisyydelle oli asetettava huomattavasti suuremmat vaatimukset kuin takavarikkoasioissa. Hovioikeuden argumentoinnissa haittaharkinnalla oli kuitenkin ratkaiseva merkitys ja se suoritettiin jo vaade-edellytystä asetettaessa: ”Ottaen huomioon lopputuloksesta asianosaisille mahdollisesti koituvat edut ja haitat, hakijat eivät hovioikeuden mukaan olleet riittävällä todennäköisyydellä osoittaneet, että niillä olisi vastapuolta vastaan patenttioikeudellinen kiello-oikeus.” ks. Norrgård DL 2004, s. 1073

turvaamistoimissa selviää, minkälainen rooli moderniksikin lähestymistavaksi kutsutulla avoimella materiaalisella harkinnalla on ollut vai onko markkinaoikeus pitänyt kiinni KKO:n määrittämästä materiaalisesta lähestymistavasta vaade-edellytyksen tulkinnassa. Samalla selviää, ovatko Norrgårdin ja Havansin esittämät uhkakuvat näyttökynnyksen nousemisesta liian korkeaksi osoittautuneet todeksi.

5. Yleisen turvaamistoimen näyttökynnys markkinaoikeuden oikeuskäytännössä

Teollis- ja tekijänoikeuksia koskeva ratkaisutoiminta, mukaan lukien immateriaalioikeudelliset turvaamistomiasiat, siirtyivät markkinaoikeuden yksinomaiseen toimivaltaan syksyllä 2013. Tarkoituksena oli vähentää immateriaalioikeudellisten asioiden käsittelyn hajaantuneisuutta ja samalla varmistaa tuomioistuinkäsittelyn asiantuntemus, korkea laatu ja nopeus. Ratkaisutoiminnan ennustettavuuden ja laadun kannalta merkittävän, tuomareiden asiantuntemuksen, parantamiseen pyrittiin sääntelemällä erityisistä tuomarin kelpoisuusehdoista ja ratkaisukokoonpanoista.¹⁹⁵

Turvaamistomiasioiden osalta markkinaoikeus sai yleisiltä tuomioistuimilta perinnöksi varovaisen ja pidättyvän OK 7:3 §:ää koskevan soveltamiskäytännön, jossa erityisiä tulkintaongelmia oli aiheuttanut aiemmin käsitelty etukäteisnautintaa koskevat ”huomattavasti korkeammat vaatimukset” suhteessa takavarikkoasioihin.¹⁹⁶ Turvaamistoimen myöntämisen edellytykset patenttiasioissa olivat varsin tiukat vielä 1990-luvun lopussa, eivätkä alioikeudet olleet halukkaita myöntämään väliaikaisia kieltoja kuin ainoastaan selkeissä tapauksissa, joissa tuotteiden valmistusmenetelmät olivat identtiset. Norrgårdin sanoin, tuomioistuimet ovat patenttiasioissa karttaneet ottamasta kantaa siihen, voisiko patentin suojapiiri kattaa myös teknisiä ratkaisuja, jotka eivät ole täysin identtisiä patentissa kuvatun ratkaisun kanssa. Tätä ilmentää esimerkiksi Helsingin hovioikeuden ratkaisu lääkeriitajutussa 19.3.2008/756 AstraZeneca UK Ltd ja AstraZeneca Oy vastaan Avansor Pharma Oy, jossa oli kyse siitä, loukkasiko vastaajan Avansor Pharman bikalutamidivalmiste kantajan AstraZenecan analogiamenetelmäpatenttiin perustuvaa lisäsuojatodistusta. Hovioikeus korosti prosessin summaarisuutta, jonka vuoksi sen yhteydessä ei kuulu lopullisesti tutkia onko loukkausta tapahtunut. Toisaalta patentin voimassaolo tuli ottaa lähtökohdaksi arvioitaessa loukkauksen todennäköisyyttä, jonka jälkeen oli tarkasteltava, mitkä seikat puhuivat loukkauksen puolesta ja mitkä vastaan. Vastaajan valmiste oli kemiallisesti ja lääketieteellisesti vastaava kantajan valmisteen kanssa, mutta valmistusmenetelmässä oli pieniä eroja. Hovioikeus totesi, että patentin loukkaaminen oli tullut niin epävarmaksi, ettei AstraZeneca ollut saattanut

¹⁹⁵ Ks. HE 124/2012 vp. s. 1 ja 21

¹⁹⁶ Ks. Norrgård 2009a.

todennäköisemmäksi loukkaamista kuin sen vastakohtaa. Vaade-edellytyksen tutkimisen jälkeen hovioikeus suoritti vielä haittavertailun, joka sekin puolsi hakemuksen hylkäämistä.¹⁹⁷

Tiukan vaade-edellytyksen tulkinnan lisäksi, alioikeudet ovat Norrgårdin mukaan haittavertailussaan painottaneet vastapuolen intressejä tavalla, jota ei voida pitää patenttimyönteisenä.¹⁹⁸ Vastaava linja voidaan Norrgårdin mukaan nähdä myös tavaramerkkiasioissa, joissa sekaannusvaaran todennäköiseksi saattaminen on osoittautunut vaikeaksi eikä haittavertailun tulkinta ole ollut hakijalle suotuisa.¹⁹⁹ Norrgårdin mukaan, alioikeuksien varovainen linja ei selity pelkästään prosessin summaarisella ja suppeatutkintaisella luonteella vaan palautuu siihen, kuinka tärkeänä immateriaalioikeuksien suojaa ylipäättänsä pidetään. Norrgård nostaa esiin esimerkin Yhdysvalloista, jossa patenttiasioihin erikoistuneen valitustuomioistuimen perustaminen johti väliaikaisten kieltojen myöntämisen lisääntymiseen.²⁰⁰ Tätä taustaa vasten on markkinaoikeuden oikeuskäytännön tutkimisen lähtökohdaksi perusteltua ottaa se oletus, että vaade-edellytyksen täyttymiselle asetettavat vaatimukset ovat realistisella tasolla ja mahdollistavat aineellisen immateriaalioikeuden toteutumisen.

Tämän jakson tarkoituksena on tutkia miten OK 7:3:n myöntämisedellytyksiä, erityisesti vaade-edellytystä ja intressiharkintaa, on markkinaoikeuden vuosien 2013-2018 oikeuskäytännössä tulkittu. Jakson tavoitteena on pystyä vastaamaan lopuksi kysymykseen siitä, mikä on ollut ennakkollisen immateriaalioikeudellisen suojan tosiasiallinen saatavuus markkinaoikeuden oikeuskäytännössä ja mahdollistaako OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi oikeudenhaltijalle tehokkaan ennakkollisen oikeussuojakeinon TRIPS-sopimuksen ja täytäntöönpanodirektiivin edellyttämällä tavalla.

5.1. Patenttia koskevat turvaamistoimiasiat

Analogiamenettelmäpatenttia koskeneessa turvaamistoimiasiaassa **821/15 (20.11.2015)** hakijat Merck Sharp & Dohme, Corp. ja MSD Finland Oy vaativat markkinaoikeudelta väliaikaista

¹⁹⁷ Ks. Norrgård 2009a

¹⁹⁸ Toisaalta Norrgård nostaa 2000-luvun alioikeuskäytännöstä esimerkin, jossa hakijan onnistui saattamaan patentin loukkauksen todennäköiseksi hakemuksen kuitenkin kaaduttua haittavertailuun hakijan passiivisuuden vuoksi. ks. HelHO 8.5.2009/15228 Janssen-Cilag Oy vastaan ratiopharm GmbH ja ratiopharm Oy

¹⁹⁹ Ks. HelHo 15.5.2008/1366 Bayer Oy vastaan Scanpharma Oy

²⁰⁰ Ks. Norrgård 2009a

kieltoa Sandoz A/S:ia vastaan, joka markkinoille tuotavaksi suunnittelemlaan EZETIMB SANDOZ 10mg- tablettivalmisteella väitetysti loukkasi lääkkeen vaikuttavan aineen etsetimibin valmistusmenetelmää koskevaa hakijoiden suomalaista patenttia sekä eurooppapatenttia. Vaade-edellytyksen osalta hakijat vetosivat siihen, että Sandozin geneerinen valmiste on heidän oman ilmoituksensakin mukaan samankaltainen eli bioekvivalentti hakijoiden valmisteiden kanssa, eikä markkinoilla ollut muuta kaupallisesti käyttökelpoista menetelmää etsetimibin valmistamiseksi. Sandoz väitti, että sen etsetimibin valmistamiseksi käyttämä DR-menetelmä ei loukannut patenteja. Hakijat vetosivat patenttilain 57 a §:n käännettyyn todistustaakkaan, jonka mukaisesti Sandozin tuli osoittaa, että geneerisen valmisteiden valmistusmenetelmä ei kuulu lisäsuojatodistuksen piiriin.²⁰¹ Tämä oli sikäli mielenkiintoista, sillä hovioikeus oli aiemmin todennut, ettei käännettyä todistustaakkaa voitu soveltaa vielä turvaamistoimivaiheessa ja hakijan vaikeudet esittää selvitystä vastapuolen valmistusmenetelmistä otettaisiin huomioon vapaan todistusharkinnan mukaisesti vaade-edellytyksen täyttymistä arvioitaessa.²⁰² Riippumatta käännetyyn todistustaakaan soveltumisesta, Sandozin DR-menetelmää tuli joka tapauksessa pitää ekvivalenttina hakijoiden patentoimaan menetelmään nähden.²⁰³

Ratkaisun perusteluissaan markkinaoikeus aloitti vaade-edellytyksen täyttymisen osalta siitä, että uhkaavan oikeudenloukkauksen ollessa kyseessä, hakijan tuli pystyä osoittamaan välittömästi uhkaava oikeudenloukkaus todennäköiseksi. Markkinaoikeus viittasi korkeimman oikeuden aiemmin käsiteltyyn etukäteisnautintaa koskevaan käytäntöön, jonka mukaisesti vaade-edellytykseen tuli tapauksessa soveltaa korotettua näyttökynnystä verrattuna takavarikkoasiaan.²⁰⁴ Tämän jälkeen markkinaoikeus painotti käsittelyn summaarisuutta, jolloin sen yhteydessä ei kuulunut lopullisesti tutkia loukkaako Sandozin valmiste hakijoiden patenteja, vaan se tulisi ratkaistavaksi vasta pääasian yhteydessä. Oikeudenloukkauksen todennäköisyyden arvioinnin lähtökohdaksi tuli ottaa hakijoiden lisäsuojatodistukseen ja eurooppapatenttiin perustuvien oikeuksien olemassaolo. Toisin sanoen, markkinaoikeus näyttää

²⁰¹ PatenttiL 57 a §:n 1 momentin mukaan, jos patentti on myönnetty menetelmälle uuden tuotteen valmistamiseksi, on ilman patentin haltijan suostumusta valmistettu samanlainen tuote katsottava valmistetuksi patentoidulla menetelmällä, ellei muuta näytetä toteen.

²⁰² Ks. HelHO 1.3.2005/706, AB Hässle ja AstraZeneca Oy vastaan Novartis Finland Oy

²⁰³ Ekvivalenssitulkinnalla tarkoitetaan, patenttivaatimuksissa mainitut yksittäiset komponentit ja muut vastaavat voidaan korvata toisilla samanarvoisilla keksinnön siitä muuttumatta. Haarmann 2014, s. 214

²⁰⁴ Ks. KKO 1994:132, KKO 1994:133 ja KKO 1998:143, 2000:94, 2003:118

soveltavan rekisteröityjen oikeuksien pätevyysolettamaa, joka on oikeuskirjallisuudenkin mukaan vahva.²⁰⁵

Käännetyn todistustaakan soveltumisesta tapaukseen, markkinaoikeus totesi, ettei sen soveltamiselle ollut prosessin luonteesta johtuvaa estettä tilanteessa, jossa oli kysymys turvaamistoimen myöntämisestä inter partes, eli varsinaisen turvaamistoimen yhteydessä, jolloin molemmat osapuolet ovat paikalla esittämässä näyttöä. Toiseksi, OK 7:3:n sanamuodosta (”hakija saattaa todennäköiseksi”) ei voitu tehdä sellaista johtopäätöstä, ettei patenttilain 57 a §:n käännettyä todistustaakkaa voida soveltaa turvaamistomiasioihin. Sen voitiin ainoastaan katsoa ilmentävän sitä yleistä lähtökohtaa, jonka mukaisesti riita-asian kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Kolmanneksi, markkinaoikeus kiinnitti huomiota siihen, että OK 7 luvussa esiintyvää identtistä ilmaisua (”hakija saattaa todennäköiseksi”) on eri yhteyksissä tulkittu eri tavoin. Neljänneksi, vaikka käsillä olevassa tapauksessa oli kyse KKO:n ennakkoratkaisujen mukaisesta etukäteisnautinnan tilanteesta, ei korkeimman oikeuden voida katsoa tarkoittaneen ettei esimerkiksi käännetty todistustaakka voisi tulla sovellettavaksi turvaamistomiasioissa. Tämä johtui siitä, ettei KKO:n tapauksissa ollut kyse sellaisista tapauksista, joiden yhteydessä olisi esitetty edes väitteitä siitä, että todistustaakkaa tulisi harkita riita-asioiden yleisestä lähtökohdasta poikkeavalla tavalla. Markkinaoikeus viittasi myös TRIPS-sopimuksen 34 artiklaan, joka velvoittaa Suomea säätämään menetelmäpatenttien osalta käännetystä todistustaakasta. Markkinaoikeuden tulkinnan mukaisesti, 41 artiklan 1 kohdan mukainen tehokkuusperiaate puhui sen puolesta, että käännettyä todistustaakkaa tuli soveltaa pääasian ohella myös turvaamistoimea koskevassa asiassa.²⁰⁶

Todettuaan käännetyn todistustaakan soveltumisen, markkinaoikeus katsoi, ettei asiassa esitettyjen keskenään täysin ristiriitaisten asiantuntijalausuntojen valossa ollut mahdollista sanoa loukkasiko Sandozin DR-menetelmä hakijoiden lisäsuojatodistusta vai ei. Tästä

²⁰⁵ Norrgårdin mukaan, ainakin perusteellisesti tutkittujen rekisteröityjen oikeuksien osalta voidaan asettaa hyvin vahva pätevyysolettama, jonka mukaisesti patentin mitättömyyden tulisi olla ilmeinen estääkseen väliaikaisen kiellon myöntämisen. Ks. Norrgård DL 2004, s. 1076; ja Norrgård 2002, s. 230-275

²⁰⁶ Markkinaoikeuden tulkinta noudattelee tältä osin KKO:n ratkaisua 2015:51, jossa korkein oikeus totesi, että patenttilain 57 a §:n 1 momentin säännöstä on tulkittava TRIPS-sopimuksen 34 artiklan valossa (ennakkopäätöksen 10 kohta). Edelleen tulkintavaikutus johtuu myös Euroopan unionin oikeuden vaatimuksista, sillä TRIPS-sopimus kuuluu nykyisin unionin yksinomaiseen toimivaltaan kuuluvan kauppapolitiikan alaan (ks. EUT:n ratkaisu C-414/11 Daiichi Sankyo, kohdat 49 ja 53) ks. MAO: 866/15 ratkaisun 19 kohta.

huolimatta markkinaoikeus katsoi, että hakijat olivat tältä osin saattaneet oikeutensa OK 7:3.1:ssa tarkoitetulla tavalla todennäköiseksi. Eurooppapatentin osalta vaade hylättiin, sillä hakijat eivät olleet edes väittäneet, että patenttilain 57 a §:n 1 momentissa säädettyjen edellytysten olisi katsottavan täyttyvän. Haittavertailussa markkinaoikeus totesi turvaamistoimen aiheuttavan vahinkoa Sandozille lähinnä mahdollisesti syntymättä jäävän liikevaihdon osalta, sillä lääkkeet eivät olleet vielä markkinoilla. Hakijoille turvaamistoimen myöntämättä jättäminen sen sijaan merkitsisi tuntuvia vahinkoja hintakilpailun tai koko myyntiosuuden menettämisen muodossa. Ottaen vielä lisäksi huomioon hakijoiden OK 7:11:n mukaisen ankaran vahingonkorvausvastuun tarpeettomasta turvaamistoimenpiteestä, markkinaoikeus totesi intressiharkinnankin puoltavan hakemuksen hyväksymistä siltä osin kuin se koski hakijan lisäsuojatodistusta.

Ratkaisua voidaan pitää huolellisesti perusteltuna ja toivottuna vastauksena oikeuskirjallisuudessakin esitettyyn huoleen siitä, ettei väliaikaisten kieltojen saaminen analogiamenettelmäpatentteja koskevista asioissa ole korkean näyttökynnyksen ja niiden loukkaamisen vaikean toteennäyttämisen vuoksi käytännössä mahdollista.²⁰⁷ Ratkaisu osoittaa näkemykseni mukaan myös yleisemmin sen, ettei etukäteisnautintaa koskeva korotettu näyttökynnys ole luonteeltaan kiinteä, vaan sen tasoon voi ja tulee vaikuttaa muun muassa hakijan vaateen laatu ja todistelumahdollisuudet oikeudenloukkauksen olemassaolosta.²⁰⁸ Markkinaoikeus tunnustaa sen, että immateriaalioikeuksien kohdalla OK 7:3:n näyttökynnystä tulee arvioida eri lähtökohdista käsin verrattuna KKO:n ratkaisukäytäntöön ja väliaikainen kieltä patenttiasioissa on asian etukäteisnautintaluonteesta huolimatta mahdollinen. Nähtäväksi jää, missä määrin se on mahdollinen myös muissa kuin analogiamenettelmäpatentteja koskevista asioissa. Ratkaisussa ei ole viitteitä siitä, että markkinaoikeus olisi siirtynyt käyttämään Norrgårdin ehdottamaa avointa harkintamallia, jossa intressiharkinta suoritetaan jo vaade-edellytyksen arvioimisen yhteydessä. Tapauksessa vaade-edellytyksen täyttymiselle annettiin pikemminkin lievemmat edellytykset ja intressiharkinta jäi muodollisuudeksi.

²⁰⁷ Ks. Norrgård 2009a.

²⁰⁸ Tämä ilmenee markkinaoikeuden todetessa, että ”Oikeudenkäymiskaaren 7 luvun 1, 2 ja 3 §:ssä esiintyvää identtistä ilmaisua ”hakija saattaa todennäköiseksi” on oikeuskäytännössä vaadittavan todennäköisyyden tason osalta tulkittu eri yhteyksissä eri tavoin.”

Markkinaoikeuden ensimmäisessä patenttiturvaamistoimea koskeneessa ratkaisussa **554/13 (20.12.2013)**, AstraZeneca Oy oli hakenut väliaikaista kieltoa Accord Healthcarea vastaan, joka geneerisellä lääkevalmisteellaan väitetysti loukkasi AstraZenecan tuote- ja menetelmäpatenttia masennuksen hoidossa käytettävään Ketapiini-yhdisteeseen ja sen valmistusmenetelmään. Accord Healthcare oli ilmoittanut tuovansa valmisteensa markkinoille välittömästi sen jälkeen kun niille vahvistettaisiin tukkuhinta. Loukkauksen kiistämisen sijasta, Accord Healthcare teki patentin mitättömyysväitteen perustuen puuttuvaan keksinnöllisyyteen, jonka vuoksi AstraZenecan kannepatentin eurooppalaisia vastineita oli kumottu useassa eri Euroopan maassa. Accord Healthcaren mukaan, tämä tuli ottaa huomioon arvioitaessa hakijan oikeuden todennäköisyyttä.

Ratkaisun perusteluissaan markkinaoikeus viittasi asiaan soveltuvaan etukäteisnautintaa koskevaan oikeuskäytäntöön, painotti käsittelyn summaarista luonnetta ja totesi, että patentin voimassaolo Suomessa tuli ottaa lähtökohdaksi siitä huolimatta, että Helsingin käräjäoikeudessa oli vireillä kannepatentin mitättömäksi julistamista koskeva kanne. Vertailtuaan kannepatenttia suhteessa Accord Healthcaren kahden geneerisen valmisteiden valmisteyhteenvedoihin, markkinaoikeus katsoi olevan todennäköisempää, että geneeriset valmisteet loukkasivat kannepatenttia kuin että näin ei ollut ja myönsi OK 7:3:n mukaisen turvaamistoimen. Accord Healthcaren vetoamat seikat patentin mitättömäksi julistamista koskevista prosesseista muualla Euroopassa ei ollut myöskään tehnyt oikeudenloukkausta niin epävarmaksi, ettei vaade-edellytys täyttyisi. Lopuksi suoritettu intressiharkinta, niin ikään, puolsi hakemuksen hyväksymistä. Accord Healthcaren vasta suunnitellussa lääkkeen markkinoille tuomista, ei turvaamistoimen myöntäminen aiheuttaisi vastapuolelle samassa määrin vahinkoja verrattuna tilanteeseen, jossa lääkkeet olisivat jo markkinoilla.

Ratkaisusta, kuten myös ylempänä käsitellystä ratkaisusta 821/15, näkyy olettamien (presumptioiden) kasvanut merkitys verrattuna KKO:n määrittämiin linjoihin ratkaisussa 2003:118.²⁰⁹ Ratkaisussahan hakijan oikeus oli käynyt vastapuolen mitättömyysväitteiden johdosta oikeudellisesti siinä määrin epäselväksi, ettei edellytyksiä turvaamistoimen

²⁰⁹ Vahvan pätevyysoletaman soveltaminen näkyy myös markkinaoikeuden ratkaisussa 457/18 (annettu 19.9.2018), jossa vastapuolen tekemät hakijan kolmea eurooppapatenttia koskeneet ulkomaisiin tuomioihin perustuneet mitättömyysväitteet, eivät riittäneet horjuttamaan patenttien pätevyysolettamaa Suomessa, joka tuli ottaa lähtökohdaksi oikeudenloukkauksen todennäköisyyttä arvioitaessa.

myöntämiseen ollut. Mitättömyysväitteen ohella, vastapuoli oli tosin keskittynyt myös itse loukkauksen kiistämiseen, joka on omiaan tekemään asiasta oikeudellisesti komplisoidun ns. kiperän tapauksen. Markkinaoikeuden pidätyväinen linja koskien vastapuolen tekemiä patentin mitättömyysväitteitä vaade-edellytyksen täyttymisen horjuttamiseksi näkyy aina tuoreimpiin ratkaisuihin asti.²¹⁰

Tämä tulkintalinja saattaa kuitenkin muuttua KKO:n antaman uuden ennakkoratkaisun 2019:34 myötä, ainakin lääkepatenttien lisäsuojatodistuksia koskevien turvaamistoimien kohdalla. Ratkaisussa korkein oikeus kumosi markkinaoikeuden päätöksen²¹¹, jolla yhtiön patentin mitättömyyteen perustunut turvaamistoimen peruuttamisvaatimus oli hylätty. Yhtiön tekemä peruuttamisvaatimus oli perustunut EUT:n lisäsuojatodistuksen tulkinnasta antamaan ennakkoratkaisuun asiassa C-121/17 Teva UK ym. ”Ratkaisussa unionin tuomioistuin on täsmentänyt lisäsuoja-asetuksen 3 artiklan a alakohdan tulkintakriteereitä useista vaikuttavista aineista muodostuvien tuotteiden osalta. Tuomiossa todettiin, että lisäsuoja-asetusta sovellettaessa patentin suojaamana tuotteena voidaan pitää vain patenttivaatimuksissa nimenomaisesti mainittua tai niissä välttämättä ja nimenomaan tarkoitettua tuotetta.”²¹² KKO:n mukaan ennakkoratkaisun tulkintakriteereistä seurasi, että useista vaikuttavista aineista muodostuvien tuotteiden patenttivaatimuksissa vaikuttavien aineiden ja niiden yhdistelmät tulisi olla nimenomaisesti ja tarkalleen mainittuna. Kun useista vaikuttavista aineista koostuvan lääkkeen ainesosaa, jonka lisäsuojatodistus väitetysti kattoi, ei ollut mainittu patenttivaatimuksessa nimenomaisesti, yhtiön olisi tullut näyttää, että alan ammattihenkilö olisi tästä huolimatta etuoikeuspäivän mukaisen tekniikan tason tuntien kyennyt ymmärtämään, että se välttämättä kuului patentin kattamaan keksintöön. Ratkaisun mukaisesti näyttötaakka tästä on lisäsuojatodistuksen pätevyyteen vetoavalla, eli hakijalla. Ennakkoratkaisun aikaansaama oikeustilan täsmentyminen turvaamistoimen myöntämisen jälkeen merkitsi KKO:n mukaan

²¹⁰ Ks. MAO 457/18, jossa hakijan (AstraZeneca) hakemus menestyi siltä osin kuin vastapuoli (Sandoz) oli patenttien loukkauksen kiistämisen sijaan vedonnut ko. patenttien mitättömyyteen puuttuvan keksinnöllisyyden johdosta. Siltä osin kuin Sandoz kiisti yhden kannepatentin loukkauksen, vaade-edellytyksen ei katsottu ylittyneen.

²¹¹ Ratkaisu MAO 530/18 (Gilead Sciences, Inc., Gilead Biopharmaceutics Ireland UC ja Gilead Sciences Finland Oy v. KRKA Finland Oy)

²¹² Lisäsuojatodistuksen antaman suojan kohteen on myös rajoituttava peruspatentin kattaman keksinnön teknisiin ominaispiirteisiin, sellaisina kuin ne ilmenevät patentin vaatimuksista (46 kohta) Ks. C-121/17 Teva UK ym. kohta 37; KKO 2019:34 kohta 23.

sellaista olosuhteiden muutosta, jonka perusteella lisäsuojatodistuksen pätevyyssolettama oli tullut siinä määrin horjutetuksi, ettei vaade-edellytyksen voitu katsoa enää täyttyvän.²¹³

KKO:n ennakkoratkaisun myötä vahvana pidetty rekisteröidyn immateriaalioikeuden pätevyyssolettama on kumottavissa. On huomioitava kuitenkin, että ratkaisu koski nimenomaan lisäsuojatodistusten tulkintaa, jolloin ratkaisulla ei liene vaikutusta muiden rekisteröityjen immateriaalioikeuksien vahvaan pätevyyssolettamaan turvaamistoimien yhteydessä. Ratkaisussa KKO täsmentää myös vaade-edellytyksen näyttövaatimusta: Kun kysymyksessä on rekisteröityyn teollisoikeuteen, kuten lisäsuojatodistukseen, perustuva turvaamistoimi, voidaan yksinoikeutta pitää jo rekisteröinnin perusteella lainkohdassa edellytetyllä tavalla todennäköisenä (pätevyyssolettama).²¹⁴ KKO lienee tarkoittaneen tällä sitä, että vaade-edellytys on täytetty jo pelkällä oikeuden olemassaololla, tilanteessa, jossa vastapuoli ei kiistä loukkausta tai kysymys ei ole etukäteisnautinnasta.

Norrgårdinkin mukaan, rekisteröidyille oikeuksille voidaan asettaa hyvin vahva pätevyyssolettama.²¹⁵ Pätevyyssolettaman soveltaminen tarkoittaisi sitä, että ainoastaan ilmeinen patentin mitättömyys voisi johtaa väliaikaisen kiellon hylkäämiseen. Mitättömyysväitteitä, ainakaan muussa prosessissa jo kertaalleen tutkittuja, ei tulisi turvaamistoimiprosessissa edes tutkia, sillä summaarisessa prosessissa ei ole samoja edellytyksiä arvioida väitteen perustetta kuin täysimittaisessa prosessissa.²¹⁶ Turvaamistoimiprosessissa ensi kertaa esitettyjen mitättömyysväitteiden osalta tutkimisen edellytykset ovat nähdäkseni, jos vielä huonommat. Esimerkiksi ratkaisussa 554/13 näin onkin menetelty, eivätkä vastapuolen mitättömyysväitteet riittäneet horjuttamaan hakijan oikeuden todennäköisyyttä. Toisaalta, markkinaoikeus ei joutunut arvioimaan, mikä merkitys hakijan eksplisiittisellä loukkauksen kiistämisellä olisi ollut, tai sillä, että vastapuolelle olisi aiheutunut muita kuin ainoastaan välillisiä vahinkoja (liikevaihdon saamatta jääminen) turvaamistoimen myöntämisestä. Väliaikainen kielto patenttiasioissa näyttää olevan kuitenkin mahdollinen riippumatta siitä, onko asiassa esitetty mitättömyysväite vai onko loukkaus kiistetty (kuten analogiamenettelmäpatenttia koskeneessa

²¹³ Ks. KKO 2019:34 kohdat, 27, 30 ja 32

²¹⁴ Ks. KKO 2019:34 kohta 16

²¹⁵ Pätevyyssolettamaan tukeutuminen summaarisessa prosessissa helpottaa tuomioistuimen työtä ja vähentää riskiä siitä, että osapuolet alkavat käymään pääasiaa koskevaa riitaansa jo turvaamistoimivaiheessa. Pätevyyssolettamaan tukeutuminen tarkoittaa siten näyttökynnyksen tasapainottamista hakijan eduksi. Ks. Norrgård DL 2004, s. 1076

²¹⁶ Ks. Norrgård DL 2004, s. 1076

ratkaisussa 821/15). Viimeksi mainitussa ratkaisussa hakijan selkeänä etuna oli kuitenkin käännetyin todistustaakan soveltuminen tapaukseen.

Markkinaoikeuden ratkaisussa **16/18 (10.1.2018)** Merck Sharp & Dohme B.V. ja MSD Finland Oy (hakijat) vaativat väliaikaista kieltoa Exeltis Healthcare S.L:ää ja Exeltis Sverige AB:ta vastaan, jotka Ornibel-ehkäisyrenkaallaan väitetyksi loukkasivat hakijoiden tuote- ja menetelmäpatenttia NuvaRing-ehkäisyrenkaassa käytettävään keksintöön ”lääkeaineen vapautumissysteemi kahdelle tai useammalle vaikuttavalle aineelle”, jonka keskeinen piirre oli ”ydinmateriaaliin suhteellisen alhaisella ylikyllästyksen asteella liuotettu progestatiivinen steroidi”. Exeltiksen tuotteessa käytettävät kaksi vaikuttavaa ainetta olivat samat kuin hakijoiden tuotteessa. Exeltiksen tuote erosi hakijan tuotteesta ainoastaan siinä suhteessa, että siinä käytettävä progestatiivinen steroidi oli liuotettu alikyllästyksen asteella, jolla Exeltiksen mukaan vältettiin ylikyllästyksen tuomat ongelmat tehden Ornibelistä paremman ja kehittyneemmän verrattuna hakijoiden NuvaRing-renkaaseen. Koska Ornibel-renkaassa käytettävä ratkaisu oli päinvastainen kannepatentin opetuksen kanssa, se ei voinut olla samanarvoinen kannepatentin mukaisen ratkaisun kanssa. Tuote ei siten hakijoiden väittämällä tavalla loukannut kannepatenttia kirjaimellisesti eikä eksivalenssitulkinnan perusteella.

Perusteluissaan markkinaoikeus vetosi totutusti etukäteisnautintatilanteissa sovellettavaan korotettuun näyttökynnykseen, prosessin summaarisuuteen sekä hakijoiden patentin pätevyysoletukseen, joka tuli ottaa lähtökohdaksi loukkauksen todennäköisyyttä arvioitaessa. Toisaalta markkinaoikeus korosti hakijan näyttötaakkaa oikeutensa todennäköiseksi saattamisessa. Seuraavaksi markkinaoikeus lainasi epätyypilliseen tapaan kannepatentin vaatimuksia ja selityksiä kiinnittämällä huomiota kannepatentin olennaisena piirteenä pidettävään ”suhteellisen alhaisella ylikyllästyksen asteella liotettuun progestatiiviseen steroidiin”, jonka täyttymisen osalta asiassa oli esitetty ristiriitaisia asiantuntijalausuntoja ja tutkimustuloksia puolin ja toisin. Asian summaarinen luonne huomioon ottaen, oli markkinaoikeuden mukaan mahdotonta sanoa olevan todennäköisempää, että Ornibel-ehkäisyrenkas loukkaisi hakijan eurooppapatenttia kirjaimellisen tulkinnan tai joka tapauksessa ainakin ekvivalenssitulkinnan perusteella kuin että loukkausta ei tapahtuisi. Loukkaus oli tullut Exeltiksen kiistämisen ja sen tueksi esitetyn selvityksen johdosta sillä tavoin epävarmaksi, ettei hakijoiden voitu katsoa ylittäneen vaade-edellytystä.

Ratkaisu kuvastaa hyvin Norrgårdin tekemää havaintoa siitä, että patenttiasioissa suomalaiset tuomioistuimet varovat ottamasta kantaa, voisiko patentin suojapiiri kattaa myös teknisiä ratkaisuja, jotka eivät ole identtisiä patentissa kuvatun ratkaisun kanssa.²¹⁷ Prosessin summaarisuudesta johtuen, turvaamistoimivaiheessa tähän ei olekaan lopullisia edellytyksiä. Norrgårdin mukaan, mahdollista olisi kuitenkin ottaa kantaa suojapiiriin jo turvaamistoimivaiheessa.²¹⁸ Norrgård ehdottanee ratkaisuksi ns. ekvivalenssitulkinnan soveltamista, jonka kannattajiin hän lukeutuu.²¹⁹

Ekvivalenssiopin mukaan, patenttivaatimukset määrittävät lähtökohtaisesti suojan laajuuden, mutta suoja voi ulottua laajemmalle myös ns. ekvivalentteihin ratkaisuihin.²²⁰ Toisin sanoen, loukkausesine, johon on tehty ainoastaan epäolennaisia muutoksia, on suojapiirin sisällä, vaikka kyseessä ei olisikaan sanamuodon mukainen loukkaus.²²¹ Epäolennaisuuden, ja siten ekvivalentin loukkauksen edellytysten arviomiseksi on Norrgårdin mukaan vastattava ainakin seuraaviin kysymyksiin: 1) Ratkaiseeko loukkausesine patentin ratkaiseman ongelman? Jos vastaus on myöntävä: 2) Onko loukkausesineen ratkaisu patentissa kuvattuun ongelmaan olennaisesti saman vaikutuksinen? Jos vastaus on myöntävä: 3) Oliko loukkausesineen ratkaisu alan keskivertoammattimiehelle ilmeinen vaihtoehto patentissa kuvatulle ratkaisulle kannepatentin etuoikeuspäivänä? Jos vastaus on myöntävä, tulee vielä pohdittavaksi onko olemassa jokin ekvivalentin loukkauksen estävä syy, kuten esimerkiksi 4) oliko loukkausesineen ratkaisu tunnettua tekniikkaa tai oliko se ilmeinen suhteessa tunnettuun tekniikkaan kannepatentin etuoikeuspäivänä?²²²

Turvaamistoimivaiheessa edellä mainittuihin kysymyksiin, erityisesti kahteen viimeksi mainittuun, vastaaminen ekvivalentin loukkauksen toteamiseksi tuottaa ymmärrettävästi haasteita jo pelkästään prosessiaineiston suppeuden vuoksi. Nähdäkseni kuitenkin Exeltiksen

²¹⁷ Suomessa ollaan siten korostuneemmin ns. patenttivaatimusopin kannalla, jonka mukaan patentin suojapiiri ei voi ulottua patenttivaatimusten tulkitun sanamuodon ulkopuolelle. Patenttivaatimusopin kannattajiin lukeutuvat mm. Heinonen ja varovaisemmin Haarmann Ks. Heinonen, Keijo 2003, s. 198; ja Haarmann 2014, s. 217-218; Norrgård 2009b, s. 210-211

²¹⁸ Ks. Norrgård 2009

²¹⁹ Ks. Norrgård 2009b, s. 213

²²⁰ Ks. Ryberg 2002, s. 109

²²¹ Ks. Norrgård 2009b, s. 214

²²² Ks. Norrgård 2009b, s. 217

tuote ratkaisi saman ongelman kuin kannepatentti²²³, mutta markkinaoikeudelle tuotti vaikeuksia sen arvioiminen, oliko ratkaisu olennaisesti saman vaikutuksinen kannepatentissa kuvatun ratkaisun kanssa. Samavaikutuksisuuden arvioinnista oikeuskirjallisuudessa on todettu, että loukkausesine ei loukkaa patenttia tilanteessa, jossa se on rakenteeltaan ja ratkaisuiltaan samanlainen kuin patentoitu keksintö (konstruktiivinen samanlaisuus), jos eroavan tunnusmerkin tarkoitus on eri (funktionaalinen erilaisuus).²²⁴ Tältä osin, Exeltis esitti, että kannepatenttiin nähden päinvastaisella ratkaisulla, alikyllästyksen käyttämisellä, vältettiin ne ylikyllästyksen tuomat ongelmat, joita kannepatenttiin liittyi, tehden Exeltiksen tuotteesta kehittyneemmän. Ratkaisusta ei ilmene, että tällaisesta lisäarvosta tai funktionaalisesta erilaisuudesta suhteessa kannepatentin mukaiseen ratkaisuun olisi esitetty minkäänlaista näyttöä.²²⁵

Kannepatentti oli joka tapauksessa myös tuotepatentti, jonka tulisi saada suojaa käytettävästä valmistusmenetelmästä riippumatta.²²⁶ Kannepatentin voidaan tulkita myös sisältävän ns. product-by-process vaatimuksia, joissa tuote (tässä tapauksessa ehkäisyrengas) kuvataan viittaamalla tuotteen valmistusmenetelmään.²²⁷ Norrgårdin mukaan, product-by-process vaatimuksen suoja kattaa tuotteen riippumatta valmistusmenetelmästä, vaikka patenttivaatimuksessa onkin kuvattu määrätty valmistusmenetelmä.²²⁸ Edellä mainitun kaltaisille näkökohdille ei ole näyttänyt jäävän markkinaoikeuden harkinnassa sijaa, markkinaoikeuden ”takerruttua” patenttivaatimuksen sanamuotoon kokonaisuuden huomioonottamisen kustannuksella. Vaikka intressiharkintaa ei suoritettu, hakemuksen

²²³ Eli ongelman siitä, miten saada aikaan yksitilainen lääkeaineen vapautumissysteemi vähintään kahdelle steroidiyhdisteelle.

²²⁴ Ks. Norrgård 2009b, s. 222

²²⁵ Oikeuskirjallisuudessa loukkaavaksi väitetyn ratkaisun terapeuttisella, taloudellisella tai muulla vastaavalla lisäarvolla suhteessa kannepatenttiin on nähty olevan merkitystä patentin tulkinnassa erityisesti sanamuodon ulkopuolella. Tällöin, mikäli loukkaavaksi väitetty tekninen ratkaisu tuo lisäarvoa suhteessa patentoituun keksintöön, tuomioistuimet kaventavat patentin suojapiiriä ja päinvastoin. Lisäarvon merkitystä ekvivalenssiharkinnassa on käytetty ainakin analogiamenetelmäpatenttien kohdalla. Ks. Norrgård 2009b, s. 229; ja Domeij 1999, s. 503–523.

²²⁶ PatenttiL 3 §:n ”tuotteella” ei näet varsinaisesti tarkoiteta fyysistä tuotetta, vaan tuotepatentissa kuvattua teknistä ratkaisua. Usein kyseessä lienee kuitenkin fyysinen tuote. Ks. Norrgård 2009b, s. 61

²²⁷ Product-by-process -vaatimus on esimerkiksi muotoa ”Tuote X, joka on valmistettavissa menetelmällä Y” tai ”Tuote X, joka on valmistettu menetelmällä Y” (”Product X obtainable by process Y” tai ”Product X obtained by process Y”). Ks. Norrgård 2009b, s. 125

²²⁸ Ks. Norrgård 2009b, s. 125

kaaduttua vaade-edellytyksen puuttumiseen, voidaan pohtia, olisiko hakemus ratkaistu hakijalle myönteisesti, ellei kannepatentti olisi ollut aivan elinkaarensa lopussa.

Vaikka markkinaoikeus näyttää vaade-edellytyksen täyttymistä arvioidessaan pitäytyvänsä patenttivaatimusten sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, on markkinaoikeuden oikeuskäytännöstä löydettävissä viitteitä myös ekvivalenssitulkinnan soveltamisesta. Ratkaisussa **872/17 (29.12.2017)** Eli Lilly and Company vaati väliaikaista kieltoa Actavis Groupia (ja jakelijana toiminutta Ratiopharm Oy:tä) vastaan, jonka suunnitelmat hakijoiden keuhkosityövän hoitoon patentoimaa lääkettä vastaavan rinnakkaislääkkeen tuomiseksi markkinoille, väitetysti loukkasi kannepatenttia. Hakijan mukaan, vastapuolten rinnakkaislääkevalmisteissa vaikuttavana aineena olevan *pemetreksedidihapon* käyttö yhdistelmähoidossa B12-vitamiinin kanssa kuului kannepatentin suojapiiriin, sillä patentin suojapiiri ei rajoittunut kattamaan *vain tiettyä* pemetreksedin muotoa. Vastapuolen käyttämä pemetreksedidihappo oli hakijoiden mukaan funktionaalisesti täysin samanarvoinen pemetreksedidinatiumin kanssa, joten sitä oli pidettävä ekvivalenttina ratkaisuna kannepatenttiin nähden.

Vaade-edellytyksen täyttymisen osalta markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että patentin suojapiiriä koskevien täysin päinvastaisten näkemysten ja niiden tueksi esitettyjen asiantuntijalausuntojen sekä muun asiakirjatodistelun perusteella oli prosessin summaarinen luonne huomioon ottaen, mahdotonta sanoa olevan todennäköisempää, että vastapuolten rinnakkaislääkevalmiste loukkaisi kannepatenttia kuin että loukkausta ei tapahtuisi. Markkinaoikeus kiinnitti huomiota kuitenkin hakijan näyttönä esittämään Yhdistyneen Kuningaskunnan korkeimman oikeuden tuomioon 12.7.2017 (The UK Supreme Court [2017] UKSC 48), jossa asianosaisina olivat olleet samat osapuolet, ja jossa korkein oikeus oli täysitutkintaisen menettelyn perusteella todennut, että Yhdistyneessä Kuningaskunnassa voimaan saatetun Actaviksen eurooppapatentin suojapiirin ei ole katsottava rajoittuvan pelkästään pemetreksedidinatiumin käyttöön ja että muun ohella pemetreksedidihappoa sisältävän lääkevalmiste on katsottava loukkaavan sanottua patenttia. Vaikka tuomiossa oli sinänsä ollut kyse kansallisen patenttilainsäädännön soveltamisesta, markkinaoikeuden mukaan oli kuitenkin huomattava, että Yhdistyneen Kuningaskunnan korkein oikeus oli tuomiossaan patentin suojapiirin tulkinnan osalta kiinnittänyt nimenomaisesti huomiota Euroopan

patenttisopimuksen (EPC) patentin suojapiiriä koskevaan 69 artiklaan²²⁹ ja sen soveltamisesta annettuun pöytäkirjaan²³⁰, joka tuli ottaa huomioon myös Suomen patenttilain 39 §:n patentin suojapiiriä koskevan säännöksen osalta.²³¹ Ottaen huomioon mainitun tuomion ja siinä EPC:n oikeusvaikutuksista esitetyn, markkinaoikeus katsoi hakijan saattaneen OK 7:3.1:ssa tarkoitetulla tavalla todennäköiseksi, että sillä oli vastapuolta vastaan Suomessa voimaansaatettuun eurooppapatenttiin perustuva oikeus, joka voitaisiin vahvistaa ulosottokaaren 2 luvun 2 §:ssä tarkoitetulla ratkaisulla täyttäen vaade-edellytyksen. Markkinaoikeus arvioi vielä vaara-edellytyksen ja suoritti intressiharkinnan, jotka nekin puolsivat hakemuksen hyväksymistä.

Ratkaisu on osoitus siitä, että väliaikainen kielto patenttiasioissa on mahdollinen myös muissa kuin ns. identtisissä loukkauksissa ja markkinaoikeus on valmis irtaantumaan patenttivaatimusten sanamuodon mukaisesta tulkinnasta, ainakin ekvivalenssiopin ydinalueelle kuuluvissa tapauksissa, joissa jokin patentin tunnusmerkki on vaihdettu toiseen.²³² Varsinaisesta tulkinnasta ei kuitenkaan voida puhua, sillä viimeksi käsitellyssä ratkaisussa 872/17 tämä tapahtui omaksumalla Yhdistyneen kuningaskunnan korkeimman oikeuden eurooppapatentin suoja-alaa (EPC 69 artikla) koskeva tulkinta suoraan ratkaisun pohjaksi. Tältä osin ratkaisu oli markkinaoikeudelle ikään kuin ”tarjottimella”. Kuten ylempänä käsitelystä Ornibel-ratkaisusta voidaan kuitenkin huomata, markkinaoikeus ei lähde oma-aloitteisesti arvioimaan loukkausta ekvivalenssitulkinnan perusteella, vaikka siihen on vedottu, ja vaikka sille ei periaatteellisesti

²²⁹ Eurooppapatentin suojan laajuutta koskevassa EPC 69.1 artiklassa säädetään suojan laajuudesta seuraavasti: The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims. (EPC 1973)

²³⁰ EPC 69 artiklaa on tulkittava sen soveltamisesta koskevan ns. tulkintapöytäkirjan valossa, jolla on erillisen pöytäkirjan luonteesta huolimatta sama oikeusvaikutus kuin EPC 69 artiklalla. Alkuperäisessä muodossaan tulkintapöytäkirjan sanamuoto kuuluu seuraavasti: Article 69 should not be interpreted in the sense that the extent of the protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict, literal meaning of the wording used in the claims, the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should it be interpreted in the sense that the claims serve only as a guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated. On the contrary, it is to be interpreted as defining a position between these extremes which combines a fair protection for the patentee with a reasonable degree of certainty for third parties. Ks. myös Norrgård 2009b, s. 15-16

²³¹ Tältä osin markkinaoikeus viittasi hallituksen esitykseen eduskunnalle eurooppapatenttien myöntämisestä tehdyn yleissopimuksen uudistamiskirjan ja patenttilakisopimuksen hyväksymisestä ja laeiksi sopimusten lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä patenttilain muuttamisesta ks. HE 92/2005 vp. s. 28-29

²³² Puuttuvan tunnusmerkin ongelmasta Ks. Norrgård 2009b, s. 230

olisi mitään estettä, siitäkin huolimatta, että prosessin luonne on summaarinen ja suppeatutkintainen. Selkeä lähtökohta kuitenkin on, että vain harvoilla oikeudenhaltijoilla on käytettävissään vastaavaa litigaatio-koneistoa kuin esimerkiksi suurilla lääkeyhtiöillä, jotka voivat aiempiin prosesseihin vedoten ”monistaa” tehokkaasti ratkaisuja itselle edullisella tavalla samaan tapaan kuin ratkaisussa 872/17. Oikeudenhaltijoiden tasavertaisen kohtelun kannalta on arveluttavaa, mikäli EPC:n oikeusvaikutukset eurooppapatentteja koskevissa turvaamistoimiasioissa otetaan huomioon ainoastaan, kun niihin on erikseen vedottu tai osapuolten väliltä löytyy samaa asiaa koskevaa aiempaa oikeuskäytäntöä.

Markkinaoikeuden ratkaisussa **571/14 (25.7.2014)**, Recticel S.A vaati väliaikaista kieltoa OK 7:3:n nojalla Kayfoam Woolfson –nimistä yhtiötä vastaan, joka väitetysti loukkasi Recticelin menetelmä- ja tuotepatenttia erityisesti sijauspatjoissa käytettävään polyuretaanivaahtoon. Recticelin mukaan Kayfoam Woolfsonin valmistamaa kannepatenttia loukkaavaa tuotetta oli käytetty ainakin, tuotteen tiettävästi ainoan jakelijan, Finlaysonin myymässä ”Familon Villa” -sijauspatjassa. Näytöksi tästä, Recticel toimitti kyseisestä sijauspatjasta Belgiassa teettämänsä analyysin tulokset, jotka osoittivat patentin loukkauksen.

Kayfoam Woolfson vaati hakemuksen hylkäämistä ja teki patenttia koskevan mitättömyysväitteen puuttuvaan keksinnöllisyyteen vedoten. Joka tapauksessa Recticel ei ollut selvittänyt, että analysoitu Finlaysonin verkkokaupasta ostettu tuote olisi ollut nimenomaan Kayfoamin toimittama. Kayfoamin mukaan, se oli toimittanut Finlaysonille ainoastaan 10 kappaletta analysoidun patjan kokoa vastaavaa tuotetta, jolloin oli hyvin epätodennäköistä, että sanottua materiaalia olisi käytetty sijauspatjojen massatuotantoon. Kayfoamin mukaan Finlayson oli myös perinteisesti ostanut Familon-sijauspatjoissa käytettävät täytemateriaalit muilta toimittajilta kuin Kayfoamilta.

Ratkaisussaan markkinaoikeus viittasi tutuksi tulleeseen etukäteisnautintaa koskevaan oikeuskäytäntöön ja siihen, ettei summaarisessa prosessissa tullut lopullisesti tutkia kysymystä patentin loukkauksesta. Kayfoamin tekemillä mitättömyysväitteillä ei ollut asiassa merkitystä, sillä patentti oli voimassa eikä sitä vastaan ollut vireillä mitättömäksi julistamista koskevia prosesseja. Recticelin patentin voimassaolo tuli ottaa lähtökohdaksi arvioitaessa oikeudenloukkauksen todennäköisyyttä. Näytön osalta markkinaoikeus piti riittävällä tavoin selvitettyinä, että analyysiraportti on koskenut Finlaysonin verkkokaupasta ostettua Familon

Villa-sijauspatjaa. Epäselvää oli ainoastaan, oliko sijauspatjan sisältämä materiaali Kayfoamin toimittamaa. Kun Recticel ei ollut hakemuksessaan väittänyt, että Kayfoam olisi ollut ainoa Familon Villa-sijauspatjoissa käytettävän vaahdon toimittaja eikä hakemuksessa ollut esitetty muutaakaan selvitystä, jonka perusteella patjan sisältämän analysoidun vaahdon voitaisiin yksiselitteisesti todeta olleen juuri Kayfoamin toimittamaa, markkinaoikeus katsoi vaade-edellytyksen jääneen täyttymättä. Tätä tuki markkinaoikeuden mukaan myös Kayfoamin esittämä väite siitä, ettei analyysin perusteella voitu luotettavasti todeta vaahdon valmistusmenetelmää, siitä huolimatta, että patjassa käytetyt yhdisteet olivat sinänsä samoja kuin patenttivaatimuksissa. Hakemuksen kaaduttua vaade-edellytyksen puuttumiseen, vaara-edellytyksen arviointia ja intressiharkintaa ei suoritettu.

Ratkaisussa hakijan oikeuden todennäköisyydelle asetetut vaatimukset olivat verrattain kovat ja lähenivät pääasiaprosessissa vaadittua täyttä näyttöä. Vaade-edellytyksen täyttymiseksi hakijan olisi tullut pystyä näyttämään oikeudenloukkauksen olemassaolon lisäksi se, että Kayfoam oli kolmannen osapuolen, Finlaysonin, ainoa kannepatenttia loukkaavien patjamateriaalien toimittaja. Tällaista tietoa hakijalta on ymmärrettävästi kohtuutonta edellyttää summaarisessa prosessissa, jonka lisäksi tietoja liikekumppaneista voidaan joka tapauksessa pitää Finlaysonin liikesalaisuuksiin kuuluvina. OK 7:3.1:n mukaiseen ”hakija saattaa todennäköiseksi” -ilmaisuun ei myöskään voida katsoa kuuluvan se, että hakijan tulisi pystyä ”yksiselitteisesti” osoittamaan loukkauksen olemassaolo, ja vielä vähemmän, jos tällainen edellytys asetetaan suhteessa kolmanteen.²³³ Merkillepantavaa ratkaisussa on myös se, ettei vastapuoli varsinaisesti kiistänyt loukkausta vaan keskittyi horjuttamaan vastapuolen väitteitä vetoamalla Finlaysonin laajaan toimitus- ja jakeluverkostoon, josta johtui se, ettei analyysiraportin kohteena oleva tuote todennäköisesti voinut ollut Kayfoamin toimittama. Ratkaisu kuitenkin kuvastaa niitä väistämättömiä näyttövaikeuksia, joita vastaavan kaltaisiin turvaamistoimiprosesseihin liittyy vahvasti kilpailluilla markkinoilla, joissa tuotteet ovat enemmän tai vähemmän geneerisiä.

²³³ ”Recticelin turvaamistoimihakemuksessa ei ole esitetty muutaakaan selvitystä, jonka perusteella analyysiraportin kohteena olleen patjan sisältämän vaahdon voitaisiin *yksiselitteisesti* todeta olleen juuri Kayfoamin toimittamaa.”

5.1.1 Yhteenvedo patenttiturvaamistoimia koskevista ratkaisuista

Yhteenvedona patenttiturvaamistoimia koskevista markkinaoikeuden ratkaisuista voidaan todeta, ettei etukäteisnautintaa koskevia korotettuja vaatimuksia vaade-edellytyksen täyttymiseltä voida pitää läpäisemättöminä tavalla, jolloin väliaikainen kieltotuomio olisi mahdollinen vain ja ainoastaan selkeissä tapauksissa, kuten Havansi ja Norrgård epäilivät. Muissa kuin selkeissä tapauksissa tämä edellyttää kuitenkin tiettyä lisänäyttöä hakijan hyväksi, jollaisena toimi esimerkiksi patentin suojapiiriä koskeva ulkomainen tuomio ratkaisussa 872/17, tai patentin pitämistä analogiamenettelmäpatenttina, jolloin käännetty todistustaakka soveltuu.²³⁴ Markkinaoikeus on myös näyttänyt edellyttävän pääasiassa vaadittavan tasoista näyttöä oikeudenloukkauksen olemassaolosta ratkaisussa 571/14 (Recticel v. Kayfoam Woolfson). Markkinaoikeus on kahdessa ratkaisussaan kiitettävällä tavalla nostanut esiin TRIPS-sopimuksen vaatimukset tehokkaista oikeussuojakeinoista sekä painottanut EPC 69 artiklan merkitystä eurooppapatentin suojapiirin tulkinnassa, jonka johdolla markkinaoikeus hyväksyi ekvivalenssitulkinnan mukaisen ratkaisun.²³⁵ Valitettavasti tämä linja ei ole kuitenkaan johdonmukainen, sillä markkinaoikeus näyttää pitäytyvän pääsääntöisesti patenttivaatimusten sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, jossa vastapuolen loukkauksen kiistäminen osaltaan johtaa markkinaoikeuden haluttomuuteen tutkia ekvivalentin loukkauksen mahdollisuutta.²³⁶ Mikäli ekvivalenssitulkintaa sovelletaan markkinaoikeuden käsiteltävänä olevissa turvaamistomiasioissa, sitä tulisi soveltaa johdonmukaisesti. Tällöin patentin keskeisen tunnusmerkin vaihtaminen loukkausesineessä toiseen, tulisi riittää vaade-edellytyksen täyttymiseen.

Positiivisena asiana markkinaoikeuden oikeuskäytännössä voidaan pitää vahvan patentin pätevyysolettaman soveltamista, jonka mukaisesti vastapuolen patentin pätemättömyys- ja mitättömyysväitteet eivät ole riittäneet horjuttamaan hakijan oikeuden todennäköisyyttä. Paikka näiden tutkimiseen on pääasiaprosessissa ja lähtökohdaksi on otettava hakijan oikeuden olemassaolo Suomessa. KKO:n ratkaisussa 2019:34 määrittämät linjat tulevat jatkossa merkitsemään poikkeusta tästä, ainakin lääkepatentteja koskevissa turvaamistomiasioissa.

²³⁴ MAO 821/15

²³⁵ MAO 821/15 ja MAO 872/17

²³⁶ Kuten Ornibel-ratkaisussa MAO 16/18

Markkinaoikeuden suorittama haittavertailu, silloin kun se on suoritettu, on käsitellyissä ratkaisussa ollut suoraviivainen ja hakijalle suotuista. Tämä johtunee siitä, että vastapuoli on vasta ollut suunnittelemassa tai vastikään tuonut patenttia loukkaavat tuotteet markkinoille, jolloin vastapuolelle aiheutuvat vahingot turvaamistoimen myöntämisestä rajoittuvat lähinnä menetettyyn liikevaihtoon.

5.2 Tavaramerkkiä koskevat turvaamistoimiasiat

Tavaramerkkiasioissa hakija tulee useimmiten tietoiseksi loukkauksesta vasta sen alettua, eli silloin kun tavarat ovat jo markkinoilla. Tavaramerkin haltija tulee siten vain äärimmäisen harvoin tietoiseksi tavaramerkkioikeuttaan loukkaavien tuotteiden markkinoille tulosta niin hyvissä ajoin, että turvaamistoimi olisi mahdollinen uhkaavan oikeudenloukkauksen perusteella. Turvaamistoimen myöntäminen tarkoittaa vastapuolelle, menetetyn liikevoiton lisäksi, vääjäämättä tuntuvampia taloudellisia vahinkoja tuomioistuimen määrätessä vastapuolen esimerkiksi muuttamaan jo käyttöön otetut todennäköisesti loukkaavat tunnukset, vetämään tuotteensa markkinoilta tai keskeyttämään toimintansa ainakin siihen asti kunnes pääasia on ratkaistu.²³⁷ Hakijalle, jo alkanut oikeudenloukkaus voi muun ohessa tarkoittaa peruuttamatonta tavaramerkin good will-arvon menetyksiä.²³⁸ Tuomioistuin joutuu haittavertailussaan siten hankalaan punnintatilanteeseen oikeussuojan toteuttamisen ja vastapuolen intressien huomioon ottamisen välillä. Seuraavassa tutkitaan, miten OK 7:3:n myöntämisedellytyksiä, erityisesti haittavertailua, on markkinaoikeuden tavaramerkkioikeudellisissa turvaamistoimiasioissa tulkittu ja tyydyttääkö se Suomea sitovan TRIPS-sopimuksen vaatimuksen tehokkaista ennakollisista oikeussuojakeinoista. Ensimmäiset kaksi käsiteltävää tapausta (570/14 ja 678/15) ovat tässä suhteessa erityisen valaisevia.

Tapauksessa **570/14 (25.7.2014)** hakija OnniBus.com vaati markkinaoikeutta OK 7:3:n nojalla kieltämään vastapuolia (Mikko Rindell Oy, Tilausajot Mennään Bussilla Oy, Keskimatkat Oy ja Oulun Onnikka) käyttämästä sanan ”OnniExpress” tai ”Onni” sisältäviä tavaramerkkejä ja muita oikeuksia, joiden käyttäminen väitetysti loukkasi hakijan tavaramerkkiä ”ONNIBUS”. Vaade-edellytyksen osalta hakija perusteli hakemustaan sekaannusvaaran ilmeisellä

²³⁷ Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 704

²³⁸ Ks. Norrgård 2002, s. 285

olemassaololla tunnusten yhteisen ja hallitsevan ”onni” sanan vuoksi. Sekaannusvaaraa oli myös omiaan lisäämään se, että tunnukset koskivat jokapäiväisiä ja edullisia kuluttajapalveluita, jonka lisäksi kuluttajat myös käytännössä sekoittivat tunnukset toisiinsa. Hakijan mukaan, sen tavaramerkkiä ONNIBUS oli pidettävä myös laajalti tunnettuna, johon myöhempi tunnus OnniExpress-tunnus yhdistyy kohderyhmän mielessä merkiten ONNIBUS-tunnuksen maineen ja erottamiskyvyn tahallista ja epäoikeudenmukaista hyväksikäyttöä.

Haittavertailun osalta hakija vetosi siihen, ettei loukkaavien tunnusmerkkien kieltäminen merkinnyt vastapuolelle kieltoa harjoittaa linja-autoliiketoimintaa, sillä jokaisella vastapuolella oli käytössä oma toiminimi ja tavaramerkki liiketoiminnan harjoittamiseksi. Vastapuolet olivat aloittaneet toimintansa ”OnniExpress” tunnuksella vasta toukokuussa 2014, eikä sille siten ollut voinut kertyä vastaavaa tunnettuutta kuin noin kolme vuotta käytössä olleelle hakijan tunnukselle.

Vastapuolet vaativat hakemuksen hylkäämistä vedoten sekaannusvaaran puuttumiseen ja siihen, että heillä oli tavaramerkkirekisteröintinsä perusteella laillinen oikeus tunnuksen käyttämiseen. Sanaa ”onni”, jonka kuluttajat yhdistivät linja-autoa tarkoittavaan ”onnikkaan”, oli pidettävä liian yleisenä, jotta sen käyttöön voitaisiin myöntää yksinoikeutta. Haittavertailussa vastapuoli vetosi tavaramerkilleen kertyneeseen erittäin merkittävään liikearvoon ja toiminnan aloittamiseksi tehtyihin merkittäviin investointeihin, jotka kävisivät turvaamistoimen myöntämisen myötä arvottomiksi. Turvaamistoimen määrääminen olisi myös epätarkoituksenmukaista, sillä hakijan väite tavaramerkin OnniExpress rekisteröintiä vastaan oli Patentti- ja rekisterihallituksessa vireillä ja ratkaistavana hyvin lyhyen ajan sisällä.

Ratkaisussaan markkinaoikeus viittasi vaade-edellytyksen täyttymisen osalta KKO:n etukäteisnautintaa koskevaan oikeuskäytäntöön ja siitä johtuviin huomattavasti suurempiin vaatimukseen hakijan oikeuden todennäköisyyttä arvioitaessa. Tavaramerkin ONNIBUS kuulumisesta laajalti tunnettuja tavaramerkkejä koskevan tavaramerkkilain 6 §:n 2 momentin soveltamisalaan, markkinaoikeus totesi, ettei hakija ollut riittävällä todennäköisyydellä osoittanut tavaramerkkiä ONNIBUS käytetyn Suomessa niin pitkän ajan ja niin intensiivisesti, että merkin voitaisiin katsoa nauttivan kyseistä suojaa. Ottaen kuitenkin huomioon tavaramerkkien yhteinen alkuosa ”onni” sekä se, että tunnuksia käytettiin samojen palvelujen

yhteydessä, markkinaoikeus katsoi olevan *jossain määrin todennäköisempää*, että OnniExpress-tunnusmerkit olivat sekoitettavissa tavaramerkkiin ONNIBUS kuin että ne eivät olisi.

Kun vaade-edellytys täyttyi, tutkittavaksi tuli perinteisen harkintamallin mukaisesti vielä vaara-edellytys ja haittavertailu. Vaara-edellytyksen täytyttyä, markkinaoikeus totesi haittavertailussaan, että turvaamistoimen myöntämättä jättäminen todennäköisesti aiheuttaisi ainakin jossain määrin haittaa hakijan Onnibus-tunnuksiin liittyvälle maineelle ja tunnettuudelle. Vastapuolelle koituvien haittojen osalta markkinaoikeus totesi, että vaikka turvaamistoimi ei sinänsä aiheuttaisi vastapuolille suoranaista kieltoa jatkaa linja-autotoimintaa, aiheuttaisi se tarpeen muuttaa jo käyttöön otetut tunnuksset. Tästä puolestaan aiheutuisi todennäköisesti tarve liiketoiminnan, ainakin väliaikaiseen, keskeyttämiseen, sekä joka tapauksessa ylimääräisiä kustannuksia. Markkinaoikeus hylkäsi hakemuksen katsoen, että noin kolme kuukautta vastapuolen käytössä olleiden tunnusten muuttamisesta aiheutuisi vastapuolelle hakijan turvattavaan etuuteen nähden kohtuutonta haittaa.

Tapauksessa **678/15 (6.10.2015)** oli asetelmaltaan kyse samanlaisesta tilanteesta. Hakijat (Skyr Finland Oy ja Mjólkursamsalam ehf) vaativat markkinaoikeutta OK 7:3:n nojalla kieltämään vastapuolta (Arla Oy) käyttämästä tunnusmerkkiä SKYR ja jatkamasta menettelyään. Lisäksi hakijat vaativat, että vastapuolen loukkaavat tuotteet määrätään vedettäväksi välittömästi pois markkinoilta ja loukkaavien tuotteiden tunnusmerkit ja tuotteisiin liittyvä markkinointimateriaali muutetaan tai tuhotaan.

Vaade-edellytyksen osalta hakijat perustelivat hakemustaan vuodesta 2010 asti käytössä olleen tavaramerkkinsä SKYR vakiintumisella Suomen tunnetuimmaksi rahkavalmisteen tunnusmerkiksi, jonka goodwill-arvoa ja tunnettuutta vastapuoli loukkasi tuomalla markkinoille identtisellä tunnuksella ja samankaltaisella pakkauksella varustetun tuotteensa. Haittavertailun osalta hakija korosti oletettavasti merkittävää omaan tuotteeseensa ja tavaramerkkiinsä kohdistuvaa kysynnän ja goodwill-arvon heikentymistä, mikäli vastapuolen toiminnan annettaisiin jatkua. Vastapuolella oli samassa tuotekategoriassa myös toinen kilpaileva tuote, joten turvaamistoimen myöntäminen ei johtaisi myynnin loppumiseen tai merkittävään alenemiseen kyseisessä tuotekategoriassa.

Vastapuoli kiisti loukkauksen vedoten siihen, että tunnuksessa SKYR oli kyse kuvailevasta ja erottamiskyvyttömästä yleissanasta, joka ilmaisi tuotteen laatua maitorahkana, ja jota siten koski vahva vapaana pidon tarve. Lisäksi tavaramerkkiä SKYR vastaan oli tehty väite, eikä kyseinen rekisteröinti siten ollut vielä lainvoimainen. Hakijan tavaramerkkiä ei voitu myöskään pitää vakiintuneena. Haittavertailun osalta vastapuoli vetosi siihen, että tuotteiden pois vetäminen markkinoilta ja niiden tunnusmerkkien vaihtaminen aiheuttaisi maanlaajuisen toimitusverkoston vuoksi kohtuutonta haittaa. Lisäksi, turvaamistoimen myöntäminen tarkoittaisi vastapuolen toiminnan keskeytymistä useiksi kuukausiksi sen joutuessa suunnittelemaan tuotteelleen uudet pakkaukset, jonka lisäksi turvaamistoimi johtaisi hakijan monopoliin skyr-tuotekategoriassa.

Ratkaisussaan markkinaoikeus sovelsi aiemmassa oikeuskäytännössä vakiintunutta harkintamallia ja totesi vaade-edellytyksen täyttyneen siltä osin kuin vaatimus koski tavaramerkkiä SKYR. Tätä tuki osaltaan se, että huolimatta vastapuolen esiin nostamasta SKYR tavaramerkkiä vastaan esitetyn väitteen vireilläolosta Patentti- ja rekisterihallituksessa, oikeudenloukkauksen todennäköisyyden arvioinnin lähtökohdaksi oli otettava tavaramerkin SKYR voimassaolo Suomessa. Sekaannusvaaran olemassaoloa ja siten oikeuden todennäköisyyttä tuki puolestaan se, että vaikka tunnusmerkkien kirjoitustyyliässä oli eroja, tavaramerkissä SKYR oli kyse sanamerkistä ja tunnusmerkkejä käytettiin samojen tavaroiden yhteydessä. Vaara-edellytyksenkin täytyttyä, markkinaoikeus totesi haittavertailussaan turvaamistoimen myöntämättä jättämisen aiheuttavan todennäköisesti ainakin jossain määrin taloudellista vahinkoa hakijalle menetettynä markkinaosuutena. Hakijan tavaramerkin mahdollisesti huomattavan vesittymisen aiheuttamia vahinkoja lisäisi osaltaan se, että tuote muodosti käytännössä hakijan koko liikevaihdon. Vastapuolelle koituvien haittojen osalta markkinaoikeus totesi, että huolimatta pakkausten muuttamistarpeesta ja siitä aiheutuvista kustannuksista, turvaamistoimen myöntäminen ei tarkoittaisi kieltoa harjoittaa vastaavien kilpailevien tuotteiden myyntitoimintaa. Lopuksi markkinaoikeus katsoi, ettei väliaikaisen kiellon määräämisestä hakijoiden ankara vastuu huomioon ottaen aiheutuisi vastapuolelle hakijoiden turvattavaan etuuteen nähden kohtuutonta haittaa. Markkinaoikeus antoi poikkeuksellisesti lisämääräyksiä turvaamistoimen täytäntöönpanosta käyttämällä

muotoamisvaltuuttaan ja määräsi turvaamistoimen tulemaan voimaan aikaisintaan seitsemän päivän kuluttua päätöksen antamisesta.²³⁹

Kaksi kuukautta myöhemmin tapauksessa **948/15 (31.12.2015)** hakijat (Skyr Finland Oy ja Mjólkursamsalam ehf) vaativat markkinaoikeutta OK 7:3:n nojalla, samaan tapaan kuin Arla-tapauksessa, kieltämään vastapuolta (Osuuskunta Maitokolmio) käyttämästä tunnusmerkkiin SKYR sekoitettavissa olevaa Kú Skyr-tunnusmerkkiä maitorahkatuotteissaan. Huolimatta vastapuolen tekemästä tavaramerkin puuttuvaa erottamiskykyä koskeneesta väitteestä ja Patentti- ja rekisterihallituksessa vireillä olleesta, sitä koskevasta, väitemenettelystä, sekä tunnusmerkkien eroavasta kieliasusta, markkinaoikeus totesi vaade-edellytyksen täyttyneen soveltaen samaa ”todennäköistä” -näyttökynnystä kuin aiemmassakin Skyr-ratkaisussaan. Kuten Arla-tapauksessakin, oikeudenloukkauksen todennäköisyyden arvioinnin lähtökohdaksi tuli ottaa hakijan tavaramerkin voimassaolo Suomessa, huolimatta sitä koskeneesta väitemenettelystä. Markkinaoikeuden suorittama haittavertailu on myös lähes yksi yhteen Arla-tapauksen kanssa, eikä tunnusmerkkien muuttamisesta vastapuolelle aiheutuvan haitan todettu olevan kohtuutonta hakijan intressiin nähden. Samoin kuin Arla-tapauksessa, markkinaoikeus antoi muotoamisvaltuutensa nojalla vastapuolelle seitsemän päivää aikaa varautua turvaamistoimen voimaantumiseen, jonka lisäksi hakijan asettaman vakuuden katsottiin pienentävän vastapuolelle aiheutuvia haittoja riittävästi turvaamistoimen myöntämiseksi.

Kummassakin Skyr-ratkaisuissa sekä Onnibus-ratkaisussa markkinaoikeus noudatti oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä vakiintunutta ns. perinteistä harkintamallia, jossa vastapuolen eduksi vaikuttava haittaharkinta suoritetaan vaade- ja vaaraedellytyksen tutkimisen jälkeen. Tapauksissa vaade-edellytyksen katsottiin täyttyvän, jonka jälkeen markkinaoikeus joutui punnitsemaan jo käyttöön otettujen mutta todennäköisesti hakijan tavaramerkkioikeutta loukkaavien tunnusten muuttamisesta aiheutuvan haitan kohtuuttomuutta suhteessa hakijan intressiin. Tältä osin ratkaisujen perusteena olevat seikat vaikuttavat samanlaisilta, mutta niistä

²³⁹ Tämä on linjassa Havansin esittämän kanssa, joka rohkaisee tuomioistuimia käyttämään niille myönnettyä laajaa muotoamisvaltuutusta (OK 7:13.1) yhdessä 7:3.1 keinovalikoiman kanssa, joka antaa tuomioistuimelle mahdollisuuden räätälöidä toimeenpanon toteutus tapauskohtaisesti, erityisesti etukäteisnautinnan tyypitilanteissa. Näin menettelemällä vältetään etukäteisnautintaa koskevan korotetun näyttökynnyksen johtaminen kohtuuttomiin lopputuloksiin ns. kiperissä tapauksissa. Ks. kpl 4.1.

tehdyt johtopäätökset päinvastaisilta.²⁴⁰ Sinkkosen tekemän havainnon mukaan, tunnusten muuttamisesta ja liiketoiminnan väliaikaisesta keskeytymisestä aiheutuvan haitan olisi todennäköisesti katsottu olevan kohtuutonta myös Skyr-tapauksessa²⁴¹, ellei markkinaoikeus olisi käyttänyt muotoamisvaltuuttaan määräten turvaamistoimen tulemaan voimaan aikaisintaan seitsemän päivän kuluttua päätöksen antamisesta.²⁴² Sinkkonen on katsonut, että tunnusten muuttamistarpeesta aiheutuvaa kohtuuttomaksi katsottua haittaa olisi ollut mahdollista pienentää myös Onnibus-ratkaisussa lykkäämällä vastaavasti turvaamistoimen voimaantuloa. Tällaista menettelyä, jossa turvaamistoimea ei suoraan hylätä intressiharkinnan perusteella vaan turvaamistoimi muotoillaan hakijan vaatimaa lievemmäksi turvaten hakijan oikeuden pääasiaoikeudenkäynnin ajaksi, on oikeuskirjallisuudessakin suositeltu ja sitä voidaan pitää erityisen perusteltuna tilanteissa, joissa on kysymys hakijan oikeuksia todennäköisesti loukkaavien tunnusten muuttamisesta aiheutuvasta haitasta.²⁴³

Onnibus-tapauksessa jokaisella vastapuolella oli mahdollisuus käyttää myös omaa rekisteröityä tavaramerkkiään, jolloin turvaamistoimi ei missään nimessä olisi tarkoittanut korjauskelvotonta vahinkoa, eli tilannetta, jossa turvaamistoimi aiheuttaa peruuttamattomia vaikutuksia tässä tapauksessa esimerkiksi liikennöinnin tosiasiallisen keskeytymisen muodossa.²⁴⁴ On toki niin, että joissain tilanteissa vastapuolen yksilöllinen kantokyky on yksinkertaisesti niin heikko, ettei turvaamistoimi ole kohtuullinen edes vaadittua rajatumpana. Tällaisesta ei ole kuitenkaan viitteitä markkinaoikeuden perusteluissa, siitä huolimatta, että haittaharkinnan tulisi perustua muun ohessa vastapuolen yksilöllisiin olosuhteisiin ja ominaisuuksiin.²⁴⁵

²⁴⁰ Onnibus-ratkaisussa vastapuolen lyhyen aikaa käyttämien loukkaavien tunnusten muuttaminen olisi aiheuttanut kohtuutonta haittaa liiketoiminnan väliaikaisen keskeytymisen ja ylimääräisten kustannusten vuoksi vaikka turvaamistoimi ei olisikaan merkinnyt vastapuolille kieltoa harjoittaa ja jatkaa linja-autoliikennettä. Skyr-ratkaisussa puolestaan, tuotepakkausten muuttamisen ja siitä aiheutuvien ylimääräisten kustannusten ei katsottu aiheuttavan vastapuolelle kohtuutonta haittaa, sillä turvaamistoimen myöntäminen ei merkinnyt kieltoa harjoittaa hakijoiden kanssa kilpailevaa toimintaa, vaan ainoastaan SKYR-tavaramerkkiin sekoitettavissa olevien tunnusten käyttökieltoa.

²⁴¹ MAO 678/15

²⁴² Näin menettelemällä turvaamistoimen muotoaminen olisi pienentänyt siitä aiheutuvaa haittaa riittävästi, jotta turvaamistoimi voitiin myöntää. Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 703

²⁴³ Ks. Havansi 1993, s. 81; ja Sinkkonen DL 2016, s. 704

²⁴⁴ Sinkkosen mukaan, mikäli turvaamistoimen toteuttamiselle olisi myönnetty määräaika, vastapuolet olisivat voineet muuttaa linja-autojensa tunnukset auto kerrallaan ilman, että kaikkia autoja olisi pitänyt poistaa liikenteestä kerralla. Ks. Ibid, s. 704

²⁴⁵ Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 705

Sinkkonen on nostanut esiin myös Onnibus-ratkaisun ongelmallisuuden täytäntöönpanodirektiivin 9(1)(a) artiklan ja TRIPS-sopimuksen 50 artiklan kannalta, jotka edellyttävät että immateriaalioikeuksien, kuten tavaramerkkien, haltijoille on tarjolla tehokas ennakkollinen oikeussuoja loukkauksia vastaan. Tehokasta ennakkollista oikeussuojaa ei käytännössä ole saatavilla, jos pelkkä käyttöön otettujen tunnusten muuttamistarve aiheuttaisi turvaamistoimen hylkäämisen haittaharkinnan perusteella. Huolimatta siitä, että tunnusten katsottiin todennäköisesti loukkaavan hakijan oikeutta, jonka lisäksi oli olemassa vaara hakijan oikeuden heikkenemisestä, markkinaoikeus ei myöntänyt turvaamistoimea, koska vastapuolet olisivat joutuneet muuttamaan jo käyttöön otetut tunnukset toisiksi. Onnibus-tapauksessa tämä tarkoitti käytännössä sitä, että turvaamistoimi estyi siitä syystä, että loukkaaminen oli ehtinyt jo alkaa.²⁴⁶

Markkinaoikeus on antanut haittavertailussaan painoarvoa loukkauksen alkamiselle ja ajan kulumiselle (hakijan passiivisuudelle) myös ratkaisussa **434/15 (18.6.2015)** (Agromaster Oy v. Koskelo Forest Oy).²⁴⁷ Tapauksessa Agromaster haki OK 7:3:n nojalla väliaikaista kieltoa Koskelo Forestia vastaan, joka turvaamistoimen hakemisen hetkellä vuoden markkinoilla olleilla tuotteillaan väitetyksi loukkasi hakijan klapikoneille myönnettyjä hyödyllisyysmalleja. Markkinaoikeus totesi, että ”turvaamistoimen myöntämisestä voidaan lähtökohtaisesti katsoa aiheutuvan vastapuolelle enemmän vahinkoa tilanteessa, jossa se on jo jonkin aikaa toiminut markkinoilla, verrattuna siihen, että vastaavaan toimenpiteeseen olisi ryhdytty heti toiminnan alettua” ja hylkäsi hakemuksen ajan kulumisen aiheuttaman kohtuuttoman haitan perusteella. Turvaamistoimen hakeminen vuoden päästä loukkauksen alkamisesta on omiaan puhumaan sen puolesta, ettei hakijalla ole enää tarvetta sellaiselle nopealle ja tilapäiselle oikeussuojalle, jolle tulisi antaa merkitystä haittavertailussa.²⁴⁸ Onnibus-ratkaisussa kulunutta kolmen kuukauden aikaa loukkauksen alkamisesta turvaamistoimen hakemiseen on tähän nähden pidettävä

²⁴⁶ Sinkkonen DL 2016, s. 704

²⁴⁷ Markkinaoikeuden oikeuskäytännöstä löytyy myös tapaus, jossa hakijan tilapäinen ja nopea oikeussuojan tarve oli jopa liian akuutti turvaamistoimen myöntämiseksi. Väliaikaista turvaamistoimea koskeneessa ratkaisussa 446/18, Framery Oy vaati väliaikaista kieltoa Wallenium Oü:ta vastaan, joka väitetyksi loukkasi ja tuli loukkaamaan edelleen hakijan yhteisömalleja siirrettävillä neuvottelutiloillaan ja puhelinkopeillaan, joita vastapuoli aikoi esitellä neljä päivää hakemuksen jättämisen jälkeen alkavilla messuilla. Kun turvaamistoimen täytäntöönpano oli mahdollinen vasta messujen alkamishetkellä tai niiden jo alettua, aiheutui siitä markkinaoikeuden näkemyksen mukaan vastapuolelle kohtuutonta haittaa ja hakemus oli siten hylättävä.

²⁴⁸ Ks. Havansi 1994, s. 80

kohtuullisena, sillä hakijalla on katsottu olevan myös asiallisia syitä viivästykseen turvaamistoimen hakemisessa.²⁴⁹

Merkillepantavaa on myös se, että markkinaoikeus on näyttänyt arvioivan haittavertailussaan vastapuolen menettelyn vaikutusta ainoastaan Onnibus-tavaramerkin maineelle ja tunnettuudelle, joiden katsottiin kärsivän ”jossain määrin” haittaa. Skyr-tapauksen haittaharkinnassa sen sijaan, markkinaoikeus on tavaramerkin vesittymisvaaran lisäksi antanut painoarvoa markkinaosuuden mahdolliselle nopeallekin menettämiselle ja sille, että tavaramerkillä varustettu tuote muodosti käytännössä koko hakijan liikevaihdon. Onnibus-tapauksessa hakija ei ole joko onnistunut näyttämään vastapuolen menettelyn vaikutusta markkinaosuuteensa tai siihen ei ole lainkaan vedottu luottaen siihen, että vastapuolen menettely on ilmiselvästi loukkaavaa, ottaen lisäksi huomioon asianosaisten kuulumisen aiemmin samaan Onnibus-ketjuun.²⁵⁰ Onnibus-ratkaisun mukaisessa harkintamallissa hakijan tulisi siis saattaa tavaramerkin maineelle ja tunnettuudelle aiheutuvan vahingon lisäksi todennäköiseksi, että vastapuolen menettelyllä on konkreettinen vaikutus myös hakijan markkinaosuuteen.²⁵¹ Mikäli tällaista näyttöä vaaditaan, turvaamistoimen saamisesta muodostuisi ainoastaan vahvojen oikeudenhaltijoiden etuoikeus, joilla on taloudelliset resurssit teettää markkinaosuustutkimuksia, jonka lisäksi turvaamistoimi olisi ylipäänsä mahdollinen ainoastaan oligopolistisilla markkinoilla, jossa samaa tuotetta tai palvelua tarjoaa ainoastaan muutama yritys. Laajojen hakijan olosuhteita ja kilpailutilannetta koskevien selvitysten edellyttäminen sopii lisäksi huonosti turvaamistoimiprosessin luonteeseen summaarisena ja nopeatutkintaisena menettelynä.²⁵²

²⁴⁹ Norrgård on tutkinut tältä osin Saksan, Englannin ja Tanskan menettelyitä. Saksalaisessa turvaamistoimioikeudessa mm. osapuolten väliset sovintomenettelyt, näytön kerääminen, hakijan valinta odottaa loukkauksen mahdollista loppumista tai lopullista muodostumista tai vaikeiden oikeuskysymysten selvittäminen on katsottu olevan asiallisia syitä viivästykseen. Hakijan viivästys on myös vain yksi haittavertailussa huomioonotettavista tekijöistä. Norrgårdin kannattamassa avoimessa harkintamallissa viivästyksellä ei ole merkitystä, mikäli loukkaus on ilmeinen tai jos hakijan eduksi on muita puolesta puhuvia seikkoja. Ks. tältä osin Norrgård 2002, s. 300-325. Erityisesti s. 304 ja 325.

²⁵⁰ Yhtenä selityksenä markkinaoikeuden tavallistakin vastapuoliystävällisempään intressivertailuun saattaisi olla tilanne, jossa markkinaoikeus olisi katsonut hakijan myötävaikuttaneen jollakin menettelyllään komplikaatiotilanteen syntyyn, esimerkiksi sopimalla puutteellisesti immateriaalioikeuksien luovutuksen osalta. Tällaisesta ei ole kuitenkaan mitään viitteitä markkinaoikeuden perusteluissa. Hakijan myötävaikutus mainitaan yhtenä intressivertailussa huomioon otettavista tekijöistä ks. Havansi 1994, s. 80.

²⁵¹ Sinkkonen on todennut, että Skyr- ja Onnibus-ratkaisujen ristiriita voi selittyä sillä, että Skyr-tapauksessa hakijat onnistuivat Onnibus-tapausta paremmin vakuuttamaan markkinaoikeuden hakemuksen perusteena olleen tavaramerkioikeuden tärkeydestä. Ks. Ibid, s. 705

²⁵² Samaan tapaan ks. Havansi 2001.

Hylätty turvaamistoimihakemus merkitsi Onnibusille kuitenkin vain väliaikaista takaiskua sen voittaessa kaksi vuotta myöhemmin pääasian MAO 234/16, jossa valtaosa tavaramerkinloukkausta koskevista vaatimuksista menestyivät. Pääasian käsittelyn aikana vastaajat luopuivat vapaaehtoisesti loukkaavien tunnusten käytöstä, joten tunnusten vaihtaminen turvaamistoimivaiheessa ei jälkiviisaasti ajateltuna olisi ollut suoraan kohtuutonta haittaa aiheuttavaa.²⁵³ Pääasiantarkistuksessa markkinaoikeus määräsi vastaajat korvaamaan turvaamistoimiasian osalta noin puolet Onnibussin tarpeellisista toimenpiteistä aiheutuneista kuluista, sillä turvaamistoimella vaadittu kielto oli pääasiassa todetulla tavalla osoittautunut osittain aiheelliseksi. Vaikka markkinaoikeuden varovaisuus intressivertailussa johti tässä tapauksessa Onnibussin kielto-oikeuden korvautumiseen jälkikäteisellä oikeudella korvaukseen, ei turvaamistoimi jäänyt kokonaan merkityksettömäksi. Pelkkä vaade-edellytyksen ylittyminen voi antaa hakijalle, kuten Onnibus-tapauksessa todennäköisesti antoikin, positiivisen signaalin asian menestymismahdollisuuksista pääasiassa. Kuten tässä tutkielmassa on argumentoitu, tämänkään vuoksi, vaade-edellytyksen todennäköisyysnäyttövaatimukselle ei ole syytä antaa liian vaikeasti täyttyviä kriteereitä.

5.2.1 Yhteenveto tavaramerkkiturvaamistoimia koskevista ratkaisuista

Skyr-ratkaisut, ja erityisesti Onnibus-ratkaisu, osoittavat sen, että huolimatta KKO:n prejudikaattien mukaisista etukäteisnautintatilanteissa sovellettavista huomattavasti korkeammista vaatimuksista vaade-edellytyksen tulkinnassa, vaade-edellytys näyttää täyttyvän tavaramerkkiasioissa loukkauksen osalta myös epävarmoissa tilanteissa. Etukäteisnautintaa koskevia vaatimuksia vaade-edellytyksen tulkinnassa on pidettävä joustavina. Vaade-edellytyksen osalta markkinaoikeus käytti Onnibus-ratkaisussa ”jossain määrin todennäköisempää” -näyttökynnystä, kun taas S kyr-ratkaisussa näyttökynnys oli muotoa ”todennäköistä”. Vaade-edellytyksen täyttymiseltä vaadittavan oikeuden todennäköisyyden joustavuus on tehokkuusperiaatteen toteutumisen kannalta kuitenkin laiha lohtu, mikäli hakijalta vaaditaan myöntävän turvaamistoimipäätöksen saamiseksi haittaharkinnassa laajaa todistelua immateriaalioikeutensa arvosta, merkityksestä ja sen loukkaamisen vaikutuksista. Tällainen menettelytapa voi johtaa tilanteeseen, jossa turvaamistoimi on mahdollinen

²⁵³ Näin Sinkkonen DL 2016, s. 704. Toisaalta pääasiavaiheessa vastaajilla ei ollut muuta vaihtoehtoa heidän mahdollisesti yrittäessään minimoida kantajalle aiheutuvia vahinkoja.

ainoastaan aidosti vakiintuneiden tavaramerkkien kohdalla, jotka ovat ehtineet kerryttää merkittävän goodwill-arvon.²⁵⁴ Toisaalta loukkauksen vaikutukset voivat olla vielä turvaamistoimivaiheessa hämärän peitossa. Oikeudenhaltijoiden tasapuolisen kohtelun ja ratkaisujen ennustettavuuden nimissä, hakijan oikeuden arvon määrittämisen ohella, huomiota tulisi haittaharkinnassa keskittää siihen, 1) mitkä ovat hakijan edellytykset korvata mahdollisesti aiheettomaksi osoittautuneesta turvaamistoimesta aiheutuneet vahingot vastapuolelle (onko asetettu vakuus riittävä), 2) onko vahinko luonteeltaan korjauskelpoista, ja 3) voidaanko vastapuolelle aiheutuvia vahinkoja pienentää muotoamalla turvaamistoimen täytäntöönpanoa sellaiseksi, jotta hakemus voidaan hyväksyä hakijan vaatimalla tavalla.²⁵⁵

Kuten Sinkkonen on todennut, markkinaoikeuden haittaharkintaa koskevien perustelujen pohjalta, erityisesti tarkastelemalla Onnibus- ja Skyr-ratkaisuja, on vaikeaa sanoa miksi markkinaoikeus on päätenyt tiettyyn lopputulokseen, vaikka ratkaisujen perusteena olevat seikat vaikuttavat varsin samanlaisilta. Sinkkosen mukaan, tämä viestii siitä, että markkinaoikeus hakee vasta omaa linjaansa eikä ratkaisukäytäntö ole vielä vakiintunut. Skyr-ratkaisujen haittaharkintaa koskevia perusteluja voidaan kuitenkin pitää selkeänä parannuksena Onnibus-ratkaisuun nähden.²⁵⁶ Ratkaisujen perusteella, markkinaoikeus näyttää antavan haittaharkinnalle sitä enemmän tilaa, mitä epätodennäköisempi loukkaus on vaade-edellytyksen perusteella (Onnibus-ratkaisu), ja päinvastoin, mitä ilmeisempi loukkaus on vaade-edellytyksen perusteella, sitä vähemmän haittaharkinnalle jää sijaa ja hakijavakuuden merkitys korostuu (Skyr-ratkaisu).²⁵⁷ On siis mahdollista, että Onnibus-ratkaisussa haittaharkintaa tulkittiin tavallistakin vastapuoliystävällisemmin, vastapuolten heikoksi katsotun kantokyvyn lisäksi, siitä syystä, että loukkaus oli vain ”jossain määrin todennäköisempi” kuin sen vastakohta.

²⁵⁴ Vaikka vertailuissa ratkaisussa vakiintumista koskevat väitteet eivät menestyneetkään, on selvää, että markkinaoikeus piti Skyr-tunnusta vakiintuneempaan verrattuna Onnibus-tunnukseen. Skyr-ratkaisussa markkinaoikeus totesi, että jo yksinomaan Skyrin aseman vuoksi vuoden 2014 markkinajohtajana, oli sinänsä pidettävä todennäköisenä, että tavaramerkki oli jossain määrin tunnettu Suomessa. Onnibus-ratkaisussa markkinaoikeus totesi Onnibus-tunnuksen tulleen jossain määrin tunnetuksi kohderyhmän keskuudessa.

²⁵⁵ Sinkkonen korostaa samaan tapaan *vahingon korjauskelpoisuutta, hakijavakuuden merkitystä sekä tuomioistuimen muotoamisvaltuutta* tehokkuusperiaatteen toteuttajana. Esimerkiksi Skyr-ratkaisussa hakijavakuuden merkitys turvaamistoimen myöntämisestä puoltavana tekijänä näkyi markkinaoikeuden todetessa, ”ettei väliaikaisen kiellon määrittämisestä hakijoiden ankara vastuu huomioon ottaen aiheutuisi vastapuolelle hakijoiden turvattavaan etuuteen nähden kohtuutonta haittaa.” Ks. Sinkkonen DL 2016, s. 702 ja 704

²⁵⁶ Sinkkonen DL 2016, s. 705-706

²⁵⁷ Tällainen lähestymistapa muistuttaa Norrgårdin keinulautamallia, jossa haittaharkinnalle jää sitä vähemmän tilaa, mitä ilmeisempi loukkaus on.

Ratkaisukäytännön koherenssin ja ennustettavuuden vuoksi markkinaoikeuden olisi syytä pidättäytyä jatkossa luomasta uusia merkityssisältöjä OK 7 luvun todennäköisyysvaatimukselle, joka jo tälläkin hetkellä on ulkopuoliselle vaikeasti määriteltävissä.²⁵⁸ Onnibus-ratkaisun myötä jää myös vielä epäselväksi, onko turvaamistoimi ylipäättänsä mahdollinen kun vastakkain eivät ole taloudellisesti tasavahvat osapuolet ja onko turvaamistoimi tällöin mahdollinen ainoastaan kun loukkausta voidaan pitää selkeänä? Tehokkuusperiaatteen toteutumisen kannalta voidaan pitää kestäättömänä tilannetta, jossa turvaamistoimen saaminen riippuu lopulta vastapuolen sen hetkisestä taloudellisesta tilanteesta.

²⁵⁸ Aarniokin on todennut, että tietyssä lakitekstissä annetulle ilmaisulle ei tulisi antaa eri yhteyksissä eri merkityksiä ilman erityistä syytä. Ks. Aarnio 1989, s. 256

6. Johtopäätökset markkinaoikeuden ratkaisukäytännöstä ja loppuyhteenveto

Tutkielman kantavina tutkimuskysymyksinä oli selvittää, 1) kuinka korkea näyttökynnystä OK 7:3:n mukaisiin yleisiin turvaamistoimiin on suomalaisessa oikeuskäytännössä sovellettu ja 2) mahdollistaako OK 7:3:n yleinen turvaamistoimi, sellaisena kuin sen näyttökynnystä on markkinaoikeuden oikeuskäytännössä tulkittu, oikeudenhaltijalle tehokkaan ennakkollisen oikeussuojakeinon immateriaalioikeuden loukkauksissa.

Lähtökohtana markkinaoikeuden yleisiin turvaamistoimiin soveltaman näyttökynnyksen tarkastelussa oli oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä esitetty perusteltu huoli siitä, että etukäteisnautinnasta johtuvat korotetut todennäköisyysvaatimukset vaade-edellytyksen täyttymisestä voivat, etenkin immateriaalioikeudellisissa asioissa johtaa siihen, että turvaamistoimen saaminen saattaa käytännössä kokonaan estyä tapauksissa, jotka ovat tosiasiakysymyksiltään tai oikeudellisesti monimutkaisia. Kun oikeudenhaltijan tehokas kielto-oikeuden käyttäminen tarkoittaa varsin usein turvaamistoimen johtamista etukäteisnautintaan, voi vastapuolelle etukäteisnautinnasta koituvaa haittaa sinänsä hyväksyttävästi kompensoiva korotettu näyttökynnys johtaa immateriaalioikeudellisissa asioissa oikeudenmenetyksiin. Näyttökynnyksen tulkitseminen liian korkeaksi tarkoittaisi käytännössä immateriaalioikeudellisen sanktiojärjestelmän tehokkuutta edellyttävän, TRIPS-sopimukseen ja täytäntöönpanodirektiiviin sisältyvän, tehokkuusperiaatteen laiminlyömistä ja olisi omiaan johtamaan immateriaalioikeuksiin luontaisesti kuuluvan kielto-oikeuden korvautumiseen jälkikäteisellä oikeudella korvaukseen loukkauksesta. Korkea näyttökynnys johtaisi myös siihen, että asianosaiset ryhtyisivät käymään itse pääasiaa koskevaa riitaansa jo turvaamistomivaiheessa prosessin summaarisuuden vaarantavalla tavalla.

KKO:n määrittämiä etukäteisnautinnasta johtuvia korotettuja vaatimuksia vaade-edellytykseltä onkin pidettävä varsin korkeina ja selvästi korkeampina verrattuna OK 7:1:n saamistakavarikon ”ei selvästi perusteeton” -vaatimukseen.²⁵⁹ Vastausta siihen, kuinka korkeita nämä vaatimukset ovat, ei voida KKO:n ennakkopäätösten valossa antaa. Pääsääntöisesti hakijalle kuitenkin annetaan toistaiseksi vähemmän kuin mihin päävaade oikeuttaa ja etukäteisnautinta on

²⁵⁹ Ks. Savola DL 2001, s. 451

poikkeusluontoista. KKO:n ratkaisusta 2019:34 ilmenevän oikeusohjeen mukaisesti, vaade-edellytykseltä vaadittavan todennäköisyysnäytön alarajana on pidettävä oikeuden rekisteröintiä, jolloin pätevyyssolettama riittäisi vaade-edellytyksen ylittymiseen tilanteessa, jossa loukkausta ei kiisteta tai turvaamistoimi ei johda etukäteisnautintaan. Loukkauksen komplisoituessa hakijalta vaaditaan turvaamistoimen saamiseksi tämän lisäksi edelleen tiettyä lisänäyttöä, jonka määrästä on vaikea antaa yleispätevää vastausta. KKO:n ratkaisukäytäntö noudattelee vallitsevaa oikeuskirjallisuudessa esitettyä materiaalista lähestymistapaa, jonka mukaan intressivertailu tulee suoritettavaksi vasta mikäli vaade- ja vaaraedellytyksen katsotaan täyttyneen, eikä vaade-edellytyksen näyttökynnystä asetettaessa oteta huomioon yksittäistapauksellisia seikkoja tehden siitä ainakin näennäisesti joustamattoman. Markkinaoikeuden lähestymistapa myöntämisedellytyksiin on samanlainen eikä siinä ole viitteitä avoimen harkintamallin omaksumisesta.

Kuten tutkielmassa on esitetty, hakijan vaateen todennäköisyyden aste ei voine kuitenkaan olla ainoa kriteeri arvioitaessa sitä, voidaanko OK 7:3:n mukainen yleinen turvaamistoimi myöntää etukäteisnautinnan tilanteessa. Vaade-edellytystä koskeva näyttökynnys tulisi nähdä joustavana, johon voi vaikuttaa sitä laskevasti hakijan oikeuden ”elintärkeys” prosessin kannalta, hakijavakuuden laatu ja riittävyys, turvaamistoimen myöntämisestä aiheutuneen vahingon korjauskelpoisuus sekä se, että vastapuoli on tullut edustetuksi varsinaisen turvaamistoimenpiteen yhteydessä. Mahdollisuus muiden tekijöiden huomioonottamiseen etukäteisnautinnan tilanteissa saa tukea myös siitä, että KKO:n ennakkopäätösten sarjasta löytyy ratkaisu, jossa turvaamistoimen johtaminen etukäteisnautintaan ei vaikuttanut vaade-edellytykseltä vaadittua todennäköisyysnäyttöä korottavasti.²⁶⁰

Etukäteisnautinnasta johtuvan näyttökynnyksen tasapainottamiseksi materiaallisen harkinnan kannattajiin lukeutuva Havansi on rohkaissut tuomioistuimia käyttämään niille myönnettyä laajaa muotoamisvaltuutta (OK 7:13.1) yhdessä OK 7:3.1:n keinovalikoiman kanssa. Vaikka kyseinen valtuutus koskee korostuneemmin intressiharkintavaihetta ja täytäntöönpanoa, mikään ei estä tuomioistuinta harkitsemasta jo vaade-edellytyksen täyttymisen arvioimisen yhteydessä, onko turvaamistoimea mahdollista esimerkiksi rajoittaa ajallisesti tai muulla tavalla. Jos vastaus on myöntävä, vaade-edellytyksenkin täyttymistä tulisi tulkita lievemmin.

²⁶⁰ KKO 1995:117

Täytäntöönpanodirektiivin johdantotekstinkin mukaan, tuomioistuimen on väliaikaisia kieltoja määrätessään otettava asianmukaisesti huomioon kunkin tapauksen erityispiirteet sekä kyseiseen immateriaalioikeuteen liittyvät erityispiirteet.²⁶¹

Vaikka puhtaan avoimen harkinnan mukaista lähestymistapaa ei siihen liittyvien ongelmallisuuksien vuoksi voidakaan suositella, vaade-edellytyksen täyttymisen arviointi ns. kiperissä tapauksissa siis edellyttää tiettyjen ”päältäpäin” havaittavien hakijaa ja vastapuolta koskevien olosuhteiden huomioonottamista, jotka perinteisesti kuuluvat vasta intressiharkintavaiheeseen. Korkeimman oikeuden ratkaisussa 2019:34 tekemä muistutus siitä, että turvaamistoimen määrääminen on summaarinen menettely, jossa ei ratkaista, onko immateriaalioikeuden haltijalla väittämänsä oikeutta ja onko sitä loukattu, viestii nähdäkseni siitä, ettei tuomioistuimella ole estettä ottaa huomioon edellä mainittuja, normaalisti haittavertailuun kuuluvia seikkoja jo vaade-edellytystä arvioidessaan.

Tutkielmassa käsiteltyjen markkinaoikeuden immateriaalioikeudellisia turvaamistoimia koskeneiden ratkaisujen valossa voidaan todeta, ettei etukäteisnautintaa koskevia korotettuja vaatimuksia vaade-edellytyksen täyttymisen osalta voida pitää täysin läpäisemättöminä, vaan turvaamistoimen myöntäminen on mahdollista etukäteisnautinnan syntymisestä huolimatta silloinkin, kun loukkauksesta vallitsee huomattavaakin epävarmuutta. Käsiteltyjen patenttiturvaamistoimiratkaisujen pohjalta tämä vaatii kuitenkin hakijalta lisänäyttöä esimerkiksi ulkomaisen patentin suojapiiriä koskevan tuomion muodossa²⁶² tai patentin pitämistä analogiamenettelmäpatenttina, jolloin käännetyn todistustaakan katsottiin soveltuvan hakijan hyväksi myös turvaamistoimissa.²⁶³ Markkinaoikeus siis lähtökohtaisesti karttaa, ainakin turvaamistomivaiheessa, ottamasta kantaa siihen, voisiko patentin suojapiiri kattaa myös teknisiä ratkaisuja, jotka eivät ole täysin identtisiä kannepatentissa kuvatun ratkaisun kanssa.²⁶⁴ Tältä osin linjaa voidaan pitää yhtä varovaisena kuin mitä se oli jo ennen turvaamistomiasioiden siirtymistä markkinaoikeuden toimivaltaan.

²⁶¹ Ks. Direktiivin 2004/48/EY johdantotekstin kappale 17.

²⁶² Ratkaisussa MAO 872/17

²⁶³ Ratkaisussa MAO 821/15

²⁶⁴ Kuten ratkaisussa MAO 16/18

Tehokkuusperiaatteen toteutumisen kannalta markkinaoikeuden ratkaisu 821/15, jossa käännetyn todistustaakan soveltuminen analogiamenettelmäpatentteja koskeviin turvaamistoimiin TRIPS:n nojalla vahvistettiin, on kuitenkin askel oikeaan suuntaan. Samoin on markkinaoikeuden viittaus Euroopan patenttisopimuksesta (EPC) johtuviin vaatimuksiin arvioitaessa patentin suojapiiriä kansallisesti ratkaisussa 872/17, jossa turvaamistoimi myönnettiin osapuolten välisen aiemman ulkomaisen tuomion perusteella. TRIPS-sopimuksesta ja yhteisöoikeudesta johtuva tehokkuusperiaate ja EPC:n edellyttämät vaatimukset eurooppapatenttien suojapiirin osalta ovat voimassa vaikka niihin ei nimenomaisesti vedottaisi asiassa ja tuomioistuimen tulisikin ottaa ne huomioon juva *novit curia* –periaatteen mukaisesti.

Huolimatta vahvan pätevyysolettaman soveltamisesta, jossa vastapuolen mitättömyysväitteet eivät pääsääntöisesti ole menestyneet²⁶⁵, turvaamistoimen saaminen näyttää edelleen olevan vaikeaa tuotepatentteja koskevissa asioissa, joissa näyttötaakka oikeudenloukkauksen todennäköisyyden osoittamisesta on hakijalla. Näissä tilanteissa asiassa esitetyt ristiriitaiset asiantuntijalausunnat, vastapuolen kiistäminen ja fakta että, loukkaus ei ole luonteeltaan täysin identtinen on johtanut tilanteeseen, jossa markkinaoikeuden on ollut käsittelyn summaarisuuteen vedoten mahdotonta sanoa loukkauksen olevan todennäköisempi kuin sen vastakohta ja turvaamistoimi on hylätty. Ainakin eurooppapatentteja koskevissa turvaamistomiasioissa, esimerkiksi käsitelty ratkaisu 16/18 (Omibel), EPC 69 artiklasta johtuva ekvivalenttien ratkaisujen huomioonottaminen patentin suojapiirin tulkinnassa tulisi johtaa hakijalle edullisempaan tulkintaan ja turvaamistoimen myöntämiseen ainakin tilanteissa, joissa patentin keskeinen tunnusmerkki on vaihdettu loukkausesineessä toiseen. Turvaamistomimenettelyn summaarisuus ei voi olla nähdäkseni syy jättää EPC:stä johtuvia vaatimuksia noudattamatta ainakin suhteellisen selkeissä ekvivalentin loukkauksen tilanteissa.²⁶⁶

²⁶⁵ Vastapuolen tekemät patentin mitättömyysväitteet, joista vastapuolella on näyttötaakka, eivät ole vaikuttaneet oikeudenloukkauksen todennäköisyyttä alentavasti. Näin myös tuoreessa ratkaisussa MAO 457/18. Lisäsuojatodistuksen pätevyyttä koskenut ratkaisu KKO 2019:34 tulee merkitsemään kuitenkin poikkeusta tähän, lääkepatentteja koskevissa turvaamistomiasioissa.

²⁶⁶ Suomella on myös velvollisuus ottaa huomioon EPC:n vaatimukset ja ekvivalentit ratkaisut patentin suojapiirin tulkinnassa, sillä EPC 2.2 artiklassa säädetään, että kansallista oikeutta on sovellettava vain siltä osin, kuin EPC:stä ei muuta johdu. Eurooppapatenttien suojapiiriä koskeva EPC 69 artikla on tällainen kansallisen oikeuden sijaan sovellettava säännös.

Tehokkuusperiaatteen ei voida katsoa myöskään toteutuvan mikäli vastapuolen kiistäminen ja/tai loukkauksen epäselvyys johtaa automaattisesti turvaamistoimen hylkäämiseen hakijan vahingoksi, kuten on käynyt esimerkiksi ratkaisussa 571/14 (Recticel).²⁶⁷ Vaikka asia tai loukkaus voi jäädä epäselväksi osittain prosessin summaarisuudesta johtuvista syistä, markkinaoikeudella täytyy olla rohkeutta ja asiantuntemusta immateriaalioikeudellisena tuomioistuimena ottaa kantaa myös kiperiin tapauksiin kun edellytykset siihen ovat käsillä. Aidosti epäselvissä tapauksissa tämän tulisi tarkoittaa päätymistä hakijalle myönteiseen ratkaisuun. Tällä hetkellä näyttää siltä, että vaade-edellytys on vaikeasti ylitettävissä, ellei hakijalla ole käytössään ulkomaista eurooppapatentin suojapiiriä koskevaa tuomiota tai kyseessä on analogiamenettelmäpatentti, jolloin käännetyt todistustaakan soveltuminen saattaa ratkaista asian hakijan eduksi.

Markkinaoikeuden vaade-edellytyksen tulkinta tavaramerkkiasioissa hakee myös vielä uomiaan, sillä markkinaoikeus on soveltanut eritasoisiksi tulkittavia näyttökynnyksiä. Onnibus-ratkaisussa markkinaoikeus käytti ”jossain määrin todennäköisempää” -näyttökynnystä, kun taas Skyr-ratkaisussa näyttökynnys oli muotoa ”todennäköistä”. Etukäteisnautintaa koskeva näyttökynnys on siis ylitettävissä kun hakijan oikeus on ainoastaan ”jossain määrin todennäköinen”. Kun vastaavanlaisia muotoiluja ei ilmene markkinaoikeuden patenttiturvaamistoimia koskevista ratkaisuista, voidaan ajatella, että vaade-edellytyksen näyttökynnys etukäteisnautinnan tilanteissa olisi joustavampi ja hakijalle edullisempi tavaramerkkiasioissa. Tällaista päätelmää ei kuitenkaan voida luotettavasti tehdä pelkästään käytössä olleiden ratkaisujen perustelujen pohjalta.

Vaade-edellytyksen näennäisesti joustavampi tulkinta tavaramerkkiasioissa on tullut kompensoiduksi markkinaoikeuden suorittamassa intressiharkinnassa, joka tutkielmassa kritisoidulla tavalla osoittautui tehokkuusperiaatteen kannalta ongelmalliseksi ratkaisussa 570/14 (Onnibus). Ratkaisussa kolme kuukautta käytössä olleiden loukkaavien tunnusten muuttamisesta aiheutuvan haitan katsottiin olevan kohtuutonta suhteessa hakijoiden taloudelliseen kantokykyyn. Myöhemmin annetuissa Skyr-ratkaisuissa markkinaoikeus on

²⁶⁷ Kyseisessä ratkaisussa vaade-edellytyksen ylittäminen olisi vaatinut hakijalta ”yksiselitteistä” näyttöä siitä, että analysoitu ja loukkaavaksi todettu patja olisi ollut nimenomaan vastapuolen markkinoille saattama. Kun yksiselitteistä näyttöä summaarisessa asiassa on harvoin saatavilla eikä sitä voida edellyttää, ottaen huomioon mm. tehokkuusperiaatteen riittävä toteutuminen, tulisi tällaisia ilmaisuja jatkossa välttää.

kuitenkin käyttänyt oikeuskirjallisuudessakin suositeltua muotoamisvaltuuttaan, jonka avulla turvaamistoimea ei suoraan hylätty, vaan se pyrittiin saamaan vastapuolen kannalta kohtuullisemmaksi, jonka lisäksi hakijavakuudella katsottiin olevan keskeinen merkitys vastapuolen oikeusturvan takaajana. Tulevia ratkaisuja ajatellen olisi toivottavaa, että markkinaoikeus menettelisi näin myös jatkossa, ja myös silloin, kun vastakkain eivät ole taloudellisesti tasavahvat osapuolet. Intressivertailun korostuessa hakemuksen menestymisen määrittäjänä, voidaan hakijoille suosittaa tavaramerkkiasioissa perustavanlaatuisia argumentaatiota koskien oikeuden merkitystä, arvoa ja loukkauksen vaikutuksia, vaikka viimeksi mainitusta voi olla vain valistuneita arvauksia turvaamistoimen hakemisen hetkellä.²⁶⁸ Joka tapauksessa oikeudenhaltijan mahdollisuus tehokkaisiin ennakollisiin kieltoihin ei voi jäädä viime kädessä kiinni vastapuolen sen hetkisestä taloudellisesta tilanteesta, tai siitä, onko loukkaus ehtinyt jo alkaa, sillä sitä on pidettävä normaalitilanteena tavaramerkkiasioissa.

Vaikka OK 7:3:n nojalla haettavat väliaikaiset kiellot näyttävät edelleen olevan enemmän tai vähemmän kiven alla, KKO:n vastikään antama todistelun turvaamista koskeva ennakkoratkaisu 2019:10 ilmentää tehokkuusperiaatteen entistä vahvempaa ulottamista ennakollisiin prosesseihin. KKO katsoi, EU:n tuoreeseen oikeuskäytäntöön nojaten, että todistelun turvaamislain 7 a §:n mukaista tiedonsaantioikeutta oli mahdollista soveltaa aiemmasta käsityksestä poiketen jo turvaamistoimivaiheessa. Näin ollen, oikeudenhaltijalla on jatkossa entistä laajemmat mahdollisuudet turvata todistelua loukkauksesta pääasiaprosessissa esitettävää vahingonkorvausvaatimusta varten.

²⁶⁸ Samaan tapaan Sinkkonen DL 2016, s. 705